DER BAYERISCHE SENAT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
MAX VON SCHENCKENDORFF
aus
Osnabrück

1984

Druck und Verarbeitung: copy shop, Darmstadt

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

DER BAYERISCHE SENAT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
MAX VON SCHENCKENDORFF
aus
Osnabrück

1984

Dekan: Professor Dr. Egbert Peters
1. Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Graf Vitzthum
2. Berichterstatter: Professor Dr. Roman Schnur
Tag der mündlichen Prüfung: 07. Februar 1984

Für meine Frau Gabriele

V O R W O R T

Mein Dank für vielfältige Anregungen und freundschaftlichen Rat gebührt Prof.Dr. Wolfgang Graf Vitzthum, der die vorliegende Arbeit wohlwollend und kritisch zugleich begleitet und betreut hat.

Wichtige Einblicke in die praktische Senatstätigkeit verdanke ich den Mitarbeitern des Senatsamtes und hier vorallem Ministerialdirigent Dr. Steininger sowie den Damen des Senatsarchivs, die unermüdlich Antworten auf meine Fragen suchten und fanden.

Nicht zuletzt aber das Verständnis meiner Frau, die Störendes von mir fern zu halten verstand und darüberhinaus wertvolle Schreibmaschinendienste leistete, haben zum Gelingen dieser Arbeit wesentlich beigetragen.

Tübingen, im November 1983

Max v. Schenckendorff

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Literaturverzeichnis III
Abkürzungen X

Einführung

Der Bay. Senat als Institution 1
Fragestellung 4
Gang der Untersuchung 11

I. Entstehung, Zusammensetzung und Arbeitsweise

1. Entstehung 13
(1.) Vorläuferinstitutionen 13
a) In Bayern 14
b) In Deutschland 22
(2.) Entstehungsgeschichte 31

2. Zusammensetzung
(1.) Die Berufung der Senatoren 34
(2.) Die Abberufung der Senatoren 39

3. Arbeitsweise
(1.) Die Arbeitsbereiche im Oberblick 43
(2.) Die Kerntätigkeitsbereiche im einzelnen 49
a) Die Gutachtenstätigkeit 50
aa) "Idealtypus" und Besonderheiten 50
bb) Fallbeispiele 56
b) Das Einwendungsrecht 74
aa) Verfahrensprobleme 74
bb) Fallbeispiele 76
c) Die Anträge nach § 22 Abs. 2 Geschäftsordnung 82
d) Die Gesetzesinitiative 86
(3.) Funktionserfassung 89

II. Verfassungsprobleme

1. Die Verfassungsprobleme im Überblick 93
2. Die Statusfrage 95
a) Vergleich der äußeren Stellung 95
b) Vergleich der materiellen Stellung 96
3. Die Demokratiefrage 109
a) Der Maßstab und seine Verletzung 109
aa) Das Prinzip der Volkssouveränität 110
bb) Das Prinzip der repräsentativen Demokratie 122
b) Das Homogenitätsgebot 144
aa) Der Vergleich mit dem Bundesrat 144
bb) Der Bay. Senat neben dem Landtag 156

Ausblick 161

Anhang

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert	Grundzüge des Parlamentsrechts München 1971
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Auflage, Berlin 1933
Apelt, Karl, Alexander	Vom Bundesstaat zum Regionalstaat- zum Gesetzentwurf über den endgültigen Reichswirtschaftsrat, Berlin 1927
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie, in: Der Staat Bd. 15 (1976), S. 457ff.
Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Stand: 46. Lieferung Dezember 1982 (zitiert nach Autoren)	
Brinkmann, Karl (Hrsg)	Grundrechtskommentar, Bonn 1967ff.
Dichgans, Hans	Macht und Funktion der Wirtschaftsverbände in der Demokratie, in: Der Staat Bd. 16 (1977), S. 201ff.
Dobiey, Burkhard	Die politische Planung als verfassungsrechtliches Problem zwischen Bundesregierung und Bundestag, Berlin 1975
Doeberl, Michael	Ein Jahrhundert bayerischen Verfassungslebens, München 1918
Dreher/Tröndle	Strafgesetzbuch, 40. Auflage, München 1981
Dürig, Günter	Die zweite Kammer im modernen Staat, in: Der Bay. Senat, Fragen/Antworten, 5. Auflage, München 1981, hrsgg vom Bay. Senat, S.39ff.
Eichenberger, K.	Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, in: Schweizerische Juristenzeitung 1965, S. 269ff.

Forsthoff, Ernst	Art. "Gewaltenteilung" in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Auflage, Berlin 1975, Spalte 857ff.
ders.	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Bericht in: VVDStRL Heft 12, S. 8ff.
ders.	Zur Problematik des Bundeswirtschaftsrates, DÖV 1952, S. 714ff. (zit.: Forsthoff, Bundeswirtschaftsrat)
Friesenhahn, Ernst	Parlament und Regierung im modernen Staat, Bericht in: VVDStRL Heft 16, S.9ff.
Frotscher, Werner	Regierung als Rechtsbegriff, Berlin 1975
Geck, Wilhelm Karl	Staat und Verbände (Aussprache), in VVdStRL 24, S.80f.
Glum, Friederich	Der deutsche und französische Reichswirtschaftsrat, Berlin/Leipzig 1929
Hachenburg, Max	Lebenserinnerungen eines Rechtsanwalts, Düsseldorf 1927
Hättrich, Manfred	Zur Theorie der Repräsentation, in: Zur Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung, WSGG von Heinz Rausch, Darmstadt 1968, S. 498ff.
Herrfahrdt, Heinrich	Das Problem der berufständischen Vertretung von der französischen Revolution bis zur Gegenwart, Stuttgart/Berlin 1921
Herzog, Roman	Allgemeine Staatslehre, Frankfurt a. M., 1971
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage, Karlsruhe 1982
Hofmann, Hasso	Repräsentation, Berlin 1974
Huber, Ernst, Rudolf	Verfassungsgeschichte Bd. 4 Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969

ders.	Die Selbstverwaltung der Wirtschaft, Stuttgart, 1958
Jellinek, Georg	Allgemeine Staatslehre, Bad Homburg, Berlin/Zürich 1966
Kaiser, Joseph H.	Die Repräsentation organisierter Interessen, 2. Auflage, Berlin 1978
ders.	Die Dialektik der Repräsentation, in: Festschrift C. Schmitt zum 70. Geburtstag, Berlin 1959
Kalkbrenner, Helmut	Wesen und Problematik der zweiten Kammer unter besonderer Berücksichtigung des Bay. Senats, jur. Dissertation München 1954
Kassimatis, Georg	Der Bereich der Regierung, Berlin 1967
Graf Kielmannsegg, Peter	Volkssouveränität, Stuttgart 1976
Kleinknecht, Theodor	Strafprozeßordnung, 35. Auflage, München 1981
Knies, Wolfgang	Der Bundesrat: Zusammensetzung und Aufgaben, in: Die öffentliche Verwaltung 1977, S. 575ff.
Krüger, Herberg	Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1966
ders.	Der Bundeswirtschaftsrat in verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1952, S. 545ff.
Küchenhoff, Günter	Die Rechtsstellung des Bay. Senats, in: Die öffentliche Verwaltung 1967, S. 79ff.
Leibholz, Gerhard	Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Auflage, Berlin 1966
ders.	Strukturprobleme der modernen Demokratie 3. Auflage, Karlsruhe 1967

Leibholz/Rinck	Grundgesetz, 6. Auflage, Köln Stand: November 1981
v. Mangoldt/Klein	Das Bonner Grundgesetz, Berlin Frankfurt a. M. Bd. 1, 2. Auflage 1957/1966 Bd. 2, 2. Auflage 1964
Marcic, René	Staat und Verbände (Aussprache), in VVdStRL 24, S.81ff.
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 23. Auflage, München 1980
Maunz-Zppelius	Deutsches Staatsrecht, 24. Auflage, München 1982
Maunz, Theodor	Verfassung und Verfassungsrechtssprechung, in: Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bay. Verfassungsgerichtshofes, 1972
ders.	Starke und schwache Normen in der Verfassung, in: Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Laforet (1952), S. 141ff.
ders.	Rechtsgutachten über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Erweiterung des Bay. Senats vom 30.10.1956 (vervielfältigt).
Maunz/Dürig/Herzog/Scholz	Kommentar zum Grundgesetz, (zitiert nach Autoren und M/D/H/Sch)
Mayer-Tasch, Peter-Cornelius	Korporativismus und Autorativismus, Frankfurt a. M. 1971
Meder, Theodor	Die Verfassung des Freistaates Bayern, Handkommentar, 2. Auflage, Stuttgart/München 1978
Meyer, Hans	Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes (Aussprache), in VVdStRL 33, S.144ff.
v. Münch, Ingo (Hrsg)	Grundgesetzkommentar Bd. 1, 2. Auflage, München 1981 Bd. 2, München 1976
Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher	Kommentar zur Bay. Verfassung, Stand 1976 (zitiert N/L/Sch/Z)
Oppermann, Thomas	Zum heutigen Sinn der parlamentarischen Repräsentation, DÖV 1975, S. 763ff.

Ostadal, Hubert	Die Kammer der Reichsräte in Bayern 1819 bis 1848, München 1968
Peters, Hans	Stichwort "Demokratie" im Staatslexikon Recht-Wirtschaft-Gesellschaft, herausgegeben von der Görres-Gesellschaft, 2. Bd. 6. Auflage, Freiburg 1956, Sp. 560ff.
Pollmann, Hans	Repräsentation und Organschaft, Berlin 1969
Poschinger von Frauenau, Hippolyt, Freiherr	Der Bay. Senat - ein Teil des Bay. Parlaments, in Festschrift für Rudolf Hanauer, Sonderdruck herausgegeben vom Bay. Senat, München 1978
Ries, Theo	Polytrios zwischen Polis und Imperium, philosophisch-historische Dissertation, Heidelberg 1975
Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 1, 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1977
Saipa, Axel	Wirtschaftsräte und gesamtwirtschaftliche Mitbestimmung, in: Archiv für öffentliches Recht, Bd. 102 (1977), S. 497ff.
Scheuner, Ulrich	Der Bereich der Regierung, in: Festschrift für R. Smend zum 70. Geburtstag, Göttigen 1952
ders.	Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie, in: Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Bern 1961, S. 222ff.
Schimpl, Lothar	Bayerns zweite Kammer im Wandel der Zeit,jur.Dissertation, Innsbruck 1968
Schmidt-Bleibtreu/Klein	Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, Neuwied/Darmstadt 1980
Schmitt, Carl	Verfassungslehre, München/Leipzig 1928
Schmitt-Lermann, Hans	Die Wandelungen des Zweikammersystems in Bayern, in: Bayerische Verwaltungsblätter 1958, S. 289ff.

Schönke/Schröder	Strafgesetzbuch, 21. Auflage, München 1982
Schröder, Heinrich, Josef	Gesetzgebung und Verbände, ein Beitrag zur Institutionalisierung der Verbandsbeteiligung an der Gesetzgebung, Berlin 1976
v. Sydel, Max	Bayerisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Auflage, Freiburg i. Br./Leipzig 1896
Singer, Josef	Die Bedeutung des Bay. Senates, in: Ratgeber von Parlament und Regierung, Frankfurt a. M. 1951, S. 9ff.
Spindler, Max	Handbuch der bayerischen Geschichte, Bd. IV, Das neue Bayern 1800-1970, 1. Halbband, München 1974
Staatsvereinfachung in Bayern,	Gutachten der Arbeitsgemeinschaft für Staatsvereinfachung, 1.Teil, München 1955
Steinberg, Rudolf	Zur Institutionalisierung des Verbandseinflusses in einem Bundeswirtschaft- und Sozialrat, in: Die öffentliche Verwaltung 1972, S. 837ff.
ders.	Das Verhältnis der Interessenverbände zu Regierung und Parlament, ZRP 1972, S. 207ff.
Stern, Klaus	Staatsrecht, Bd. 1, München 1977 Bd. 2, München 1980
ders.	Zur Einführung eines Wirtschafts- und Sozialrates, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts (neue Folge), Bd. 25 (1976), S. 103ff. (Zit.: Stern, Wirtschaftsrat)
Strauss, Walter	Die Erfahrungen mit dem vorläufigen Reichswirtschaftsrat, in: Ratgeber für Parlament und Regierung, Frankfurt a. M. 1951
Tsastos, Themistokles	Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung, Heidelberg 1968
Graf Vitzthum, Wolfgang	Parlament und Planung, Baden-Baden 1978

Vogel, Klaus	Gesetzgeber und Verwaltung, in: VVDStRL Heft 24, S. 125ff.
Widtmann	Ist der Bay. Senat eine gesetzgebende Körperschaft? in: Bayerische Verwaltungsblätter 1966, S. 230ff.
Wilhelm, Paul	Der Bay. Senat nach der Verfassung von 1946, jur. Dissertation München 1963
Wolff, Hans J.	Organschaft und juristische Person, Bd. 2, Theorie und Vertretung Berlin 1934
Zacher, Hans F.	Verfassungsrechtliche Bedingungen der Veränderung der Zusammensetzung des Bay. Senats, Rechtsgutachten, April 1978, herausgegeben vom Bay. Senat (zitiert: Zacher, Rechtsgutachten)
ders.	Struktur und Stellung des Bay. Senats, in: Bayerische Verwaltungsblätter 1957, S. 369ff und 1958, S. 10ff.
Zippelius, Reinhold	Allgemeine Staatslehre, 8. A., München 1982

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abg.	Abgeordneter
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
arg.	argumentum
AZ.	Aktenzeichen
bay.	bayerisch
Bay.GesBl.	Bayerisches Gesetzblatt
Bay.BS VI	Bereinigte Sammlung der Verwaltungsvorschriften des Bay. Staatsministerium des Inneren
Bay.BS VWV	Bereinigte Sammlung der Verwaltungsvorschriften des Bay. Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr
Bd.	Band
BG	Beamtengesetz
BLD	Bay. Landtagsdienst
BV	Bayerische Verfassung
bzw.	beziehungsweise
CSSR	Ceskoslovenska Socialisticka Republika (Tschechoslowakei)
CSU	Christliche soziale Union
ders.	derselbe
Dez.	Dezember
DDP	Deutsche Demokratische Partei
d.h.	das heißt
Dr.	Doktor
Drs.	Drucksache

DSt.	Der Staat
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
etc. (sw.)	et cetera (und so weiter)
e.V.	eingetragener Verein
ev.	evangelisch
f.	folgende (Seite, Randnummer etc.)
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende (Seiten, Randnummern etc.)
FN.	Fußnote
FGO	Finanzgerichtsordnung
GeschO	Geschäftsordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HandwO.	Handwerksordnung
HO.	Haushaltsordnung
hrsgg.	herausgegeben
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
Jan.	Januar
KG.	Kommanditgesellschaft
MB.	Ministerialbekanntmachung
Min.Dirigent	Ministerialdirigent
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
PAG.	Polizeiaufgabengesetz
Prot.	Protokoll
RdNr.	Randnummer
ReggBl.	Regierungsblatt
RVA.	Rechts- und Verfassungsausschuß des Bay. Senats
S.	bei Gesetzesangaben: Satz ansonsten: Seite
Sen.	Senator
Sen.G.	Senatsgesetz

sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StabG.	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
StAnz.	Staatsanzeiger
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
TgbNr.	Tagebuchnummer
Tit.	Titel
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
VA.	Landtagsausschuß für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen
VerfGH.	Verfassungsgerichtshof
VerfGHE	Verfassungsgerichtshof Entscheidung
VO	Verordnung
vorl.	vorläufig
VWGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WahlO	Wahlordnung
WRV	Weimarer Reichsverfassung

Einführung

Der Bay. Senat als Institution

Vergleicht man die Länderverfassungen der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich Art und Anzahl sowie Funktion ihrer Staatsorgane, so findet sich ein hohes Maß an Übereinstimmung[1]. Dies ist nicht nur ein Anzeichen für weitgehenden Gleichklang der Verfassungsgeber oder der westlichen alliierten Streitkräfte in Deutschland, sondern teilweise auch die Folge der Klammerwirkung, die die Bundesverfassung hervorzurufen hat (vgl. Art. 28 Abs. 1 GG). Rein äußerlich muß daher schon die Bay. Verfassung auffallen, die als einzige deutsche Landesverfassung mit Landtag und Bay. Senat ein Zweikammersystem eingeführt hat. Inhaltlich zieht die zweite Kammer, der Bay. Senat, die Aufmerksamkeit auf sich, weil sie nach der Verfassung die Vertretung der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen Körperschaften des Landes (Art. 34 BV) darstellen soll.

Ein Blick auf die Zusammensetzung des aus insgesamt 60 Mitgliedern bestehenden Senats, von denen

11 Vertreter der Land- und Forstwirtschaft
5 Vertreter der Industrie und des Handels
11 Vertreter der Gewerkschaften
4 Vertreter der freien Berufe
5 Vertreter der Genossenschaften
5 Vertreter der Religionsgemeinschaften
5 Vertreter der Wohlfahrtsorganisationen
3 Vertreter der Hochschulen und Akademien
6 Vertreter der Gemeinden und Gemeindeverbände

entstammen (Art. 35 BV), belegt den im deutschen Verfassungsrecht nach dem Zweiten Weltkrieg einzigartigen Versuch einer

---

1) Dies gilt vor allem für das Einkammersystem und die Funktionen von Parlament und Regierung.

Integration von Interessenverbänden[1] in den staatlich organisierten Bereich. Die Senatoren werden von diesen Verbänden gewählt (Art. 36 Abs. 1 S. 2 BV); es findet also keine Volkswahl statt. Äußerlich ist die Stellung der Senatoren der der Landtagsabgeordneten nachgebildet. Dies gilt für Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit (Art. 23 SenG) sowie für Privilegien (Art. 38 Abs. 2 BV). Die dem Bay. Senat zugeteilten Funktionen sind eine eigentümliche Mischung aus parlamentarischen Rechten und Elementen sachverständiger Beratung. So gibt es ein für Parlamente typisches Gesetzesinitiativrecht (Art. 39 BV) und eine Art Veto, das Einwendungsrecht, das indes nur schwach ausgestaltet ist (Art. 41 Abs. 2 BV)[2]. Ein Enquêterecht besteht nur rudimentär (Art. 26 SenG). Gutachten erstattet der Senat nach der Verfassung zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung (Art. 40 S. 1 BV). Die Initiative muß dazu von der Staatsregierung ausgehen. Eine Verpflichtung, diese Gutachten anzufordern, besteht für sie jedoch nur bei Gesetzen über den Staatshaushalt, verfassungsändernden Gesetzen und bei Gesetzen, die dem Volk zur Entscheidung vorgelegt werden sollen (Art. 40 S. 2 BV). Weitere gutachtliche Rechte ergeben sich aus Art. 114 Abs. 1 Bay. HO bei der haushaltsrechtlichen Entlastung der Staatsregierung[3].

---

1) Im folgenden wird dem Begriff "Interessenverband" der Vorzug vor dem der "Körperschaft" gegeben, wie ihn die Verfassung verwendet. Zwar steht auch der Bay. Senat, wie noch zu zeigen sein wird, in der Tradition korporativen Gedankengutes (was sich etwa an seinen berufständischen Elementen (Art. 35 Nr. 1-6 BV) ablesen läßt). Doch geht er über die rein berufliche Orientierung hinaus (Art. 35 Nr. 7-10 BV) und zielt auf die Darstellung der gesellschaftlichen Interessenvielfalt. Und in der Tat haben alle Verbände ihren spezifischen, sektoralen Interessenbereich, seien es nun die Gewerkschaften, Religionsgemeinschaften oder die am örtlichen Wirkungskreis orientierten Gemeinden. Der weitere Begriff der Interessenverbände ist daher hier der passendere.

2) Dies hat seinen Grund darin, daß Einwendungen zwar in jedem Gesetzgebungsverfahren obligatorisch sind , jedoch vom Landtag mit einfacher Mehrheit ohne Frist- oder materielle Bindung zurückgewiesen werden können (Schweiger in N/L/Sch/Z, Art.41, RdNr.6).

3) Darüberhinaus werden dem Bay. Verfassungsgerichtshof auf Ersuchen im Rahmen der Popularklage (Art. 98 S. 4 BV, Art. 53 Abs. 3 BayVerfGHG) und der Richtervorlage (Art. 92 BV, Art. 44 Abs. 3 VerfGHG) gutachtliche Stellungnahmen erstellt.

Außerdem verfügt der Senat über eine Reihe von Antragsrechten. So hat er nach Art. 39 BV das Recht, unmittelbar oder über die Staatsregierung Anträge an den Landtag zu richten[1]. Adressat solcher Anträge kann aber auch die Staatsregierung selbst sein[2]. In beiden Fällen handelt es sich um nichtbindende Anträge[3].

Diese hier kurz aufgezeigten verfassungsrechtlichen Auffälligkeiten verdichten sich unter Hinzunahme historischer Aspekte, etwa der Erinnerung an ständestaatliche Organisationsformen, vorallem aber mit Blick auf die nach den Grundsätzen der Repräsentation und der Volkssouveränität aufgebauten Verfassung Bayerns und seine Festschreibung in Art. 28 Abs. 1 GG, zu einem Bündel von Fragen. Die "Anstößigkeit" des Bay. Senats, seine Sonderstellung, die das gewohnte Bild der Länderverfassungen zu durchbrechen scheint, ihnen zumindest neue Akzente, neue verfassungsorganisatorische Möglichkeiten der Integration gesellschaftlicher Gruppen, hinzufügt, führt dazu, daß die Diskussion über Sinn und Zweck einer solchen Integration nicht abbricht[4]. Der Bay. Senat sieht sich auch nach fast 35-jähriger Existenz im öffentlichen Bewußtsein noch nicht von der

---

1) Es handelt sich nicht um eine sachlich uneingeschränkte "Beschlußinitiative", sondern es sind nur Anträge auf legislatorischem Gebiet zulässig (Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 39, RdNr. 3). Das Antragsrecht darf nicht zu einem Weisungsrecht gegenüber der Staatsregierung führen (Meder, Art. 39, RdNr. 2).

2) Dies wird aus Art. 39 BV hergeleitet (vgl. Meder, Art. 39, RdNr. 2) und in §22 Abs. 2 der GeschO des Senates nur näher geregelt.

3) Meder, Art. 39, RdNr. 2.

4) Vgl. zu den Diskussionen etwa: Der Bay. Senat, Fragen/Antworten, 5. Auflage, München 1981, hrsgg vom Bay. Senat, S. 15/20, oder zur Behandlung in den Medien: Schmöller, Der Bay. Senat - unnötig wie ein Kropf?, Süddeutsche Zeitung v. 25.7.1969, S. 7. Im Bay. Landtag wurde sogar die Abschaffung des Senates gefordert. Vgl. die Gesetzesinitiativen vom 15. Juli 1953, Landtags-Drs. 2/4382, und vom 1. Januar 1963, Landtags-Drs. 4/2632, sowie die wiederholten Diskussionen zu dem Thema: Bay. Landtag, 107. Sitzung v. 11. Juli 1957, Sten. Ber. 3/107, S. 3788ff; 146. Sitzung v. 15. Oktober 1958, Sten. Ber. 3/146, S. 5084ff; 5. Sitzung v. 28. Januar 1959, Sten. Ber. 4/5, S. 81.

Selbstverständlichkeit getragen, wie sie den anderen bay. Staatsorganen, vor allem Staatsregierung und Landtag, zuteil wird. Auch die vorliegende Arbeit stellt ihn insoweit in Frage, als sie die verfassungsrechtlichen Hintergründe im Hinblick auf eine Verortung des Senats im Gefüge des Bay. Staates untersuchen will, um dabei vor allem die Übereinstimmung mit den bundesverfassungsrechtlich gebotenen Demokratieprinzip (Art. 28 Abs. 1 GG) zu klären.

Fragestellung

Die vorliegende Arbeit versucht sich dem Phänomen des Bay. Senates über zwei Ansatzpunkte zu nähern. Der eine betrifft die Rechte und Pflichten des Senats, deren Einordnung in die überkommenen Kategorien der Gewaltenteilung Schwierigkeiten bereitet. Besonders fraglich erscheint, was eine zweite Kammer neben dem mit umfassenden Rechten ausgestatteten Landtag für Aufgaben erfüllen kann. Dazu ergibt sich in Bayern als Einheitsstaat eine zweite Kammer (nach deutschem Verfassungsverständnis) nicht mit der gleichen Selbstverständlichkeit, wie dies in einem Bundesstaat der Fall ist. So erklärt etwa die verfassungsgeschichtliche Entwicklung Deutschlands zum Bundesstaat im 19. Jahrhundert ausreichend das heutige Bundesorgan "Bundesrat" als historischen Ausdruck des doppelten Ursprungs der Herrschaftsgewalt dieses Bundesstaates durch das ungeteilte Staatsvolk und die Gliedstaaten[1].

Damit ist die Frage angesprochen, welcher der drei Gewalten der Bay. Senat zuzuordnen ist, welchen "Status" er im Staatsaufbau besitzt.
Seine oben kurz beschriebenen Funktionen ergeben dabei ein ambivalentes Bild. Das Initiativ- und Einwendungsrecht ist man geneigt sofort einem Legislativorgan zuzuordnen; besonders

---

1) Kalkbrenner, Wesen und Problematik der zweiten Kammer unter besonderer Berücksichtigung des Bay. Senates, S. 1.

die Einwendungen als eine Art Vetorecht erscheinen charakteristisch für eine zweite Legislativkammer. Das Begutachtungsrecht hingegen stört dieses so gewonnene Bild. Nicht nur, daß die Begutachtung der Staatsregierung gegenüber erfolgen soll; das Gutachten muß von Verfassungs wegen schon bei der Vorbereitung des Gesetzgebungsverfahrens, nämlich im Stadium der Erstellung des Gesetzentwurfs durch die Staatsregierung, erstattet werden. Hier erfolgen offensichtlich Hilfsarbeiten des Senates für die Exekutive, also eine untypische Funktion für ein Legislativorgan. Möglich erscheint daher auch eine Einordnung in die Exekutive[1]. Komplizierend wirkt, daß auch das Bundesverfassungsgericht, also ein Organ der rechtsprechenden Gewalt, ursprünglich ein Begutachtungsrecht besaß[2]. Es ergeben sich also Anknüpfungspunkte für die Zuordnung des Senates zu den verschiedensten Gewalten.

Zweiter Ansatzpunkt für die Fragestellung ist das spezifische Dilemma der deutschen Verfassungsdogmatik hinsichtlich der Integration von Interessenverbänden in den staatlichen Organisationsbereich. Dieses Dilemma ist dadurch gekennzeichnet, daß zwar die Notwendigkeit der Mitwirkung von Interessenträgern am Entscheidungsfindungsprozeß der staatlichen Organe anerkannt wird[3], andererseits aber eine verfassungsorganisatorisch befriedigende Integration dieses Einflusses, seine

---

1) So Maunz, Rechtsgutachten über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Erweiterung des Bay. Senates S. 2. Maunz spricht von dem Senat als Exekutivorgan "im weiteren Sinne".

2) §97 BVerfGG v. 12. März 1951 (BGBL I S. 243ff), aufgehoben durch Gesetz vom 21. Juli 1956 (BGBL I S. 662).

3) Vgl. Böckenförde, Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie, in: Der Staat, Bd. 15 (1976), S. 456ff, der sehr weitgehend nicht nur eine Beteiligung an der politischen Willensbildung, sondern teilweise schon an der Entscheidungsgewalt annimmt; Dichgans, Macht und Funktion der Wirtschaftsverbände in der Demokratie, in: Der Staat, Bd. 16 (1977), S. 201ff (213) spricht von der "Autorität der Sachkunde", die die Interessenträger einbringen; Steinberg, Das Verhältnis der Interessenverbände zu Regierung und Parlament, in ZRP 1972, S. 207ff (208) bezeichnet die Verbände als "unverzichtbare Hilfskräfte".

institutionelle Einordnung in die staatliche Willensbildungs- und vor allem Entscheidungsorganisation, unter Hinweis auf die strukturelle Verschiedenheit von Verbandsmacht und Staatsmacht[1], (hier die Berücksichtigung der besonderen Interessen Einzelner, dort die Ausrichtung am Wohl des Gesamtvolkes) und den damit zusammenhängenden demokratietheoretischen Schwierigkeiten grundsätzlich verweigert wird[2]. Statt dessen versucht man das Apokryphe des Verbändewesens im Verhältnis zum Staat und vorallem den unkontrollierten Zugang zur Staatsmacht ("Lobbyismus"), die allgemein beklagt werden[3], durch die Schaffung von Beiräten, konzertierter Aktion, Hearings etc. erträglich auszugestalten[4], ohne damit den status quo seinem Wesen nach zu verändern[5]. Der beim Bay. Senat beschrittene Weg einer institutionellen Integration geht also über das heute übliche Maß an Einbindung der Verbände in den Staat hinaus und rückt damit ins Zentrum dieses verfassungsrechtlichen Problems.

Beim Blick in die Detailprobleme stehen die Fragen, die sich durch die spezifische Zusammensetzung des Bay. Senats aus Vertretern von Interessenverbänden für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit aufdrängen,im Vordergrund. Die Verwirklichung des Demokratieprinzips ist die wichtigste dieser Fragen. Sedes materiae einer Untersuchung dieser Probleme muß dabei Art. 28 Abs. 1 GG sein, der den Ländern dieses Prinzip für ihre Verfassungen bindend vorschreibt. Diese Vorschrift geht

---

1) Böckenförde, aaO, S. 476,

2) Ders., aaO, S. 481,

3) Dürig, Die zweite Kammer im modernen Staat, in: Der Bay. Senat, Fragen/Antworten, 5. A. München 1981, S. 42.

4) Vgl. Steinberg, ZRP 1972, S. 207ff.

5) Im wesentlichen bleibt es - organisatorisch gesehen - bei Hilfstätigkeiten der Intressenvertreter (Steinberg, ZRP 1972, S. 208), die über Beiräte oder informelle Kontakte zu den Ministerien oder Abgeordneten ausgeübt werden.

dabei von der Vorstellung aus, daß Spannungen und Konflikte, die sich aus der Existenz mehrerer Staatsgewalten im Bundesstaat ergeben, vermieden werden, wenn ein gewisses Maß an Übereinstimmung in den Verfassungen von Bund und Ländern besteht[1]. Dabei wird das Eigenleben der Gliedstaaten respektiert; die Verfassungen von Bund und Ländern existieren weiter selbstständig nebeneinander. Art. 28 GG macht nur klar, daß in die Verfassungen der Gliedstaaten Bestimmungen der Bundesverfassung aus bundestaatlichen Gründen hineinwirken müssen[2]. Dieses Ziel soll durch eine Homogenisierung, nicht aber durch Uniformierung oder Gleichschaltung erreicht werden[3]. Außerhalb der relativ allgemein gehaltenen Normativbestimmungen haben die Länder "freie Hand" in der Ausgestaltung ihrer Verfassung[4]. Die Normativbestimmungen selbst lassen den Ländern einen Gestaltungsspielraum, so daß es sich bei Art. 28 Abs. 1 GG letztlich um eine begrenzt elastische Rahmenbestimmung handelt[5]. Bei Überschreiten dieses Rahmens ist die Vorschrift der Landesverfassung nichtig[6].
Wichtig ist es daher zu wissen, was die Bundesverfassung den Ländern im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 GG hinsichtlich des Demokratiegebotes vorschreibt. Der Maßstab dafür ist das Demokratieprinzips des Grundgesetz, nicht das anderer Verfassungen Deutschlands oder gar des Auslandes[7]. Dieses bestimmt sich wesentlich aus seinen verfassungsrechtlichen Konkretisierungen heraus, von denen die zwei wichtigsten in unserer Untersuchung eine herausragende Rolle spielen werden, nämlich

---

1) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 1; Stern in Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 8.

2) Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 28, RdNr. 1.

3) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 3.

4) Ders. aaO., Art. 28, RdNr. 2.

5) Ders. aaO., Art. 28, RdNr. 17.

6) Ders. aaO., Art. 28, RdNr. 81/82 vertritt die richtige Auffassung, daß Art. 31 GG auch im Rahmen des Art. 28 GG gilt. Damit liegt gegebenenfalls nicht Anfechtbarkeit der landesverfassungsrechtlichen Regelung, sondern Nichtigkeit vor.

7) Stern in Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 25.

- das Prinzip der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) und
- das Prinzip der Repräsentation (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG "besondere Organe", Art. 38 Abs. 1 S. 2 "ganzes Volk", "an Aufträge und Weisungen nicht gebunden").

Bezüglich des ersten Elements stellt sich die Frage nach der Legitimation des Bay. Senats[1]. Es findet zur Wahl der Senatoren keine Volkswahl, sondern lediglich ein System von Verbandswahlen statt, bzw. werden die Vertreter der Religionsgemeinschaften sogar ohne Wahl bestellt. Die Verbindung des Bay. Senats mit dem Souverän, dem Volk, ist demnach problematisch und bedarf genauerer Untersuchung. Dabei ist zu beachten, daß die Frage der Legitimation für jedes Verfassungsorgan im demokratischen Staat ein grundsätzliches Problem darstellt. Der Bay. Senat soll zumindest seiner Konstruktion nach Staatsgewalt ausüben[2] und muß demnach, wie jede Form der Herrschaft, nach Legitimität streben, d. h. danach, sich dem Grunde nach als zu Recht bestehend zu erweisen[3]. Das aber bedeutet in einer Demokratie vor allem, sich mittelbar oder unmittelbar auf den Willen des Volkes zu gründen (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG).

Inwieweit das Wahlsystem für den Bay. Senat diesen Forderungen gerecht wird, ob es insbesondere eine ausreichende Verbindung zum Staatsvolk schaffen kann, wird zu untersuchen sein.

In bezug auf das zweite Element, das Prinzip der Repräsentation, das über Art. 28 Abs. 1 GG ebenfalls den Ländern vorgeschrieben wird[4], entstehen für den Bay. Senat weitere ver-

---

1) Als Unterfall des Volkssouveränitätsprinzips, vgl. Maunz in M/D/H/Sch, Art. 20, RdNr. 46; ders., Gutachten, S. 3.

2) Vgl. auch Zacher, Verfassungsrechtliche Bedingungen der Veränderung der Zusammensetzung des Bay. Senats, Rechtsgutachten, S. 99/100.

3) Leibholz, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, S. 140/141.

4) Stern, Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 31.

fassungsrechtliche Schwierigkeiten. Unter Repräsentation versteht man nach traditioneller Auffassung, daß jemand eine zur ideelen Einheit verbundene, abwesende Mehrzahl anderer insoweit sichtbar macht, als sein eigenes, unabhängiges, also weisungsfreies Verhalten als das dieser abwesenden Einheit gewertet und ihr zugerechnet wird[1]. Auf Volksvertretungen bezogen heißt dies, daß das abwesende Volk als Nation (bzw. für den Landtag "Landvolk"), also als Ganzes (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, "ganzes Volk") durch seine Repräsentanten, die Volksvertreter[2], vergegenwärtigt werden soll. Fraglich ist, ob dieses Merkmal beim Bay. Senat ohne den Vorwurf der Absurdität bzw. der innerlichen Widersprüchlichkeit[3] hervorzurufen, erfüllt werden kann. Die Senatoren entstammen Entsendeorganisationen, die von der Konzeption her Sonderinteressen (Handwerk, Land- und Forstwirtschaft, Religion etc.), nicht aber, wie für die Tätigkeit als Hoheitsträger grundsätzlich erforderlich (Art. 3 S. 2 BV), Gemeinwohlinteressen vertreten[4], also nicht auf das Volk als Ganzes hin angelegt sind. Sie haben ihren Ausgangspunkt in der Interessenaufspaltung des Volkes, also in der Besonderheit. Das Sichtbarmachen partikulärer Interessen ist ihre Aufgabe. Ein Abrücken davon und eine Hinwendung zum allgemein politischen rührt an ihre Grundlagen. Die damit angesprochene Zwiespältigkeit der Mitwirkung von Interessenvertretern an der staatlichen Willensbildung kommt auch im

---

1) Vgl. grundlegend: Leibholz, Das Wesen ..., insbesondere S. 25ff.

2) Das Wort "Vertreter" wird dabei begrifflich ungenau verwendet. Auf den Unterschied zwischen Vertretung und Repräsentation wird an gegebener Stelle einzugehen sein (S.132f.).

3) Leibholz, Das Wesen ..., S. 25ff, Zum gleichgelagerten Problem beim Reichswirtschaftsrat; Saipa, Wirtschaftsräte und gesamtwirtschaftliche Mitbestimmung, S. 543.

4) Wenn auch mitunter gemeinwohlorientierte Tätigkeit vorliegen mag, (z.B. bei den Wohltätigkeitsorganisationen der Religionsgemeinschaften, aber auch den Gewerkschaften) so findet sich doch jeweils nur eine partielle, sektorale Gemeinwohlorientierung. Der Bezug zum Ganzen bleibt bruchstückhaft; vgl. auch Böckenförde, Die politische Funktion ..., S. 475ff.

Senat zum Ausdruck. Einerseits sollen die Senatoren Gemeinwohlinteressen dienen (Art. 3 S. 2 BV), denn dies ist Aufgabe des Staates und aller seiner Organe bzw. Organträger. Andererseits wird der Senat in Art. 34 BV ausdrücklich als Vertretung der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen "Körperschaften" des Landes bezeichnet. Das Spannungsverhältnis zwischen Sonderinteressen und Gemeinwohl ist damit in der Konstruktion des Bay. Senates angelegt. Fraglich ist, ob der derzeit beschrittene Ausweg, die Verbände zwar an den Senatswahlen, nicht aber offen an der Senatsarbeit zu beteiligen und so die Senatoren "unabhängig" i. S. einer Repräsentationsfunktion erscheinen zu lassen, eine gangbare Lösung darstellt.
Jedenfalls erspart sie nicht die Antwort auf die zentrale Frage, ob Vertreter von partikulären Interessen, und das sind die Senatoren von ihrer Verbandsarbeit her jedenfalls, einzeln oder - was näher liegt - wenigstens in ihrer Gesamtheit, in der Lage sind, das ganze, ungeteilte bayerische Volk als Einheit zu vergegenwärtigen, und nicht nur die Aufsplitterung in Sonderinteressen darzustellen.
Von der Beantwortung der Fragen zum Volkssouveränitätsprinzip und zum Prinzip der Repräsentation werden weitere Oberlegungen zur verfassungsrechtlichen Klärung des Bay. Senates im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 GG abhängen. Da in den Ländern nicht etwas verfassungswidrig sein kann, was nach dem Grundgesetz im Bund zulässig ist[1] (dies ist konkreter Ausdruck des Homogenitätsprinzips), ist vor allem ein Vergleich mit der verfassungsrechtlichen Stellung des Bundesrates vorzunehmen, dann aber auch die Frage zu klären, inwieweit ein mögliches demokratisches Defizit des Bay. Senates auf andere Weise kompensiert werden kann.

---

1) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 37.

Gang der Untersuchung

Ein Staatsorgan, selbst wenn es noch so neuartig erscheint, steht nicht historisch beziehungslos im verfassungsrechtlichen Raum. Die historische Verortung des Bay. Senates, seine Vorgeschichte und Vorgängerinstitutionen, stellt den notwendigen Hintergrund zur Erfassung aller weiteren Aspekte[1] des vorliegenden Themas dar. Nicht vertieft werden können dabei die geistesgeschichtlichen Hintergründe und unterschiedlichen Denkansätze, die die Idee des Korporativismus[2] begleitet haben, selbst wenn sich im Senat Spuren derselben erkennen lassen[3]. Es geht nicht darum, den Bay. Senat an diesen korporativen Ideen zu messen und deren Verwirklichungsgrad zu testen, sondern darum, seine Obereinstimmung mit dem bestehenden Verfassungsrecht zu untersuchen. Das erfordert eine Tätigkeits- und Funktionserfassung und eine Prüfung an Hand zwingender verfassungsrechtlicher Normen, aber keine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Korporativismustheorien[4].

Um die notwendige Basis für die normative Erfassung zu finden, wird der Senat, nach Ermittlung der historischen Aspekte

---

1) Beschränken mußte sich diese Arbeit auf die wichtigsten bayerischen und deutschen Bezugspunkte, da sie für die spezielle Fragestellung hier ausreichen, und eine Erweiterung auf die europäische Ebene den Rahmen der vorliegenden Arbeit gesprengt hätte.

2) Vgl. dazu ausführlich: Mayer-Tasch, Korporativismus und Autorativismus.

3) Vgl. S. 2, FN 1 und Wilhelm, S. 10ff.

4) Vgl. zu diesen Mayer-Tasch, S. 4 bis 79.

in seiner tatsächlichen Arbeit und Bedeutung vorgestellt. Schon von der Stoffülle zum Scheitern verurteilt wären Versuche, möglichst viele einschlägige Vorgänge (Gutachten, Gesetzesinitiativen, Einwendungsverfahren) einzeln zu untersuchen und daraus Rückschlüsse auf Arbeitsweise und Wirkungskraft des Bay. Senates zu ziehen. Als sinnvoll erweist sich vielmehr der Weg, auf der Basis von statistischem Material durch das beispielhafte Herausgreifen von Einzelfällen ein anschauliches Bild der Senatspraxis zu zeichnen.

Von den dort gewonnenen Erkenntnissen ausgehend kann dann die verfassungsrechtliche Problemstellung bearbeitet werden. Dabei wird Wert gelegt auf eine befriedigende Einordnung des Bay. Senats in die herkömmliche Gewaltentrias. In Frage steht die Einordnung in Exekutive oder Legislative. Als wichtigstes Hilfsmittel dienen die dem Senat zugeordneten Rechte und Pflichten und sein bereits herausgearbeiteter verfassungstatsächlicher Charakter. Das so ermittelte Ergebnis wird mit den Stellungnahmen in Schrifttum und Rechtsprechung verglichen.

Dadurch ist die Grundlage geschaffen, um eine Untersuchung der Demokratieprobleme, die der Bay. Senat aufwirft, vorzunehmen. Fragen des Volkssouveränitäts- und Repräsentationsprinzips sollen dabei im Vordergrund stehen. Ihre Begriffsinhalte werden hierzu, so wie sie sich nach dem Grundgesetz darstellen (Art. 28 Abs. 1 GG, "im Sinne dieses Grundgesetzes"), ermittelt und mit der im 1. Teil erarbeiteten Phänomenologie des Bay. Senats verglichen. Anschließend wird das Ergebnis im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 GG durch das Sichtbarmachen Senats-übergreifender, verfassungsorganisatorischer Kompensationsstrukturen, die geeignet sein können, eventuelle demokratische Defizite beim Bay. Senat auszugleichen, in einen größeren Zusammenhang gestellt.

Abschließend erfolgt ein Ausblick auf die wichtigsten Konsequenzen der hier erarbeiteten Ergebnisse in bezug auf die verbandliche Mitarbeit im Bay. Senat und seine Bedeutung für die Institutionalisierung des Verbandseinflusses.

I. Entstehung, Zusammensetzung und Arbeitsweise

1. Entstehung

(1.) Vorläuferinstitutionen

Die Frage nach den verfassungsgeschichtlichen Wurzeln des heutigen Bay. Senats wird nicht durchweg einheitlich beantwortet. So reagiert das Senatsamt auf die Frage:
"Hat der Bay. Senat in seiner Struktur ein Vorbild in der Verfassungsgeschichte?" mit einem knappen "Nein"[1]. Diese Ansicht wird auch vom ehemaligen Präsidenten des Bay. Senats Hippolyt Freiherr Poschinger von Frauenau geteilt[2]. Er räumt aber immerhin gewisse Anklänge an die Zusammensetzung der Abgeordnetenkammer der Bay. Verfassung von 1818 und Parallelen zu den Reformmodellen der Reichsrätekammer derselben Verfassung zum Ende des 19. Jahrhunderts ein[3]. Hinweise auf den historischen Kontext finden sich in der Literatur[4] und vereinzelt in der unmittelbaren Entstehungsgeschichte des Bay. Senats[5]. Hält man sich außerdem vor Augen, daß Bayern ein Land großer Traditionspflege und hohen -bewußtseins ist[6], so kann es nicht zweifelhaft sein, daß die geschichtlichen Wurzeln des heutigen

---

1) Der Bay. Senat, Fragen/Antworten, S. 21; allerdings ist hier die Fragestellung eingeengt auf die bloße Vorbildfunktion der historischen Vorgängerinstitutionen. Entwicklungsgeschichtliche Parallelen bleiben daher außer Betracht.

2) Freiherr von Poschinger von Frauenau, Der Bay. Senat - ein Teil des Bayerischen Parlaments, S. 8.

3) Ebenda.

4) Wilhelm, Der Bay. Senat nach der Verfassung von 1946, S. 38, 42; die Kammer der Reichsräte als reines Vorbild für den heutigen Senat wird aber abgelehnt (vgl. S. 34); Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 34, RdNr. 2; Schmitt-Lermann, Die Wandelung des Zweikammersystems in Bayern, S. 289ff.

5) Z. B. Sten. Ber. über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bay. Verfassungsgebenden Landesversammlung, Bd. II, S. 495, 508.

6) Vgl. Präambel der Bay. Verfassung vom 2.12.1946: "... gibt sich das Bay. Volk eingedenk seiner mehr als tausendjährigen Geschichte nachstehende Verfassung."

Senates auch in früheren Verfassungen und den ihnen zugrundeliegenden verfassungsrechtlichen Strömungen begründet liegen[1].

a) Vorläuferinstitutionen in Bayern[2]

In der napoleonischen Zeit wuchs Bayern, das sich unter dem Minister Graf Montgelas eng an Frankreich angeschlossen hatte, zum größten deutschen Mittelstaat heran[3].
In diese Zeit fallen die verstärkten Forderungen nach einer Verfassung. Diese wurden begünstigt und gefördert durch den bestehenden politischen und kulturellen Einfluß Fankreichs, der zu einer breiteren Popularität des konstituionellen Gedankens beitrug[4]. Für das um eine große Zahl neuer Territorien

---

1) So betonte nicht zuletzt auch der ehemalige Bay. Ministerpräsident Alfons Goppel in einer Rede vor dem Senat (Sitzung v. 15.1.1976, Sten. Ber. Nr. 1, S. 8) die bewußte Anknüpfung an die deutsche verfassungsgeschichtliche Tradition der zweiten Kammer; vgl. auch Schmitt-Lermann, S. 289ff.

2) Die Wurzeln des Zweikammersystems gehen zurück in die ständische Gliederung der mittelalterlichen Gesellschaft, als die bevorrechtigten Volksschichten des Adels und der Geistlichkeit um die Abgrenzung und Einschränkung von Herrscherrechten stritten. So wurden Schritt für Schritt ständische Rechte errungen, so erstmals 1311 in der ottonischen Handfeste die Regelung von Gerichtsbarkeit und Steuererhebung; 1374 im sog. "Großen Brandbrief" der Verzicht der bayerischen Herzöge auf das Recht des Sengens und Brennens. Eine systematische Zusammenstellung der erworbenen ständischen Rechte findet sich erstmals in der "erklärten Landfreiheit" von 1508. Das Anwachsen ständischer Macht ist bis ins 18. Jahrhundert hinein zu beobachten. Erst der Absolutismus nach dem 30-jährigen Krieg brachte allgemein einen Bruch dieser Entwicklung. In Bayern zeigte sich der Absolutismus indes nicht mit aller Schärfe, so daß die Landstände noch eine gewisse Rolle spielen konnten; ihre Abschaffung erfolgte erst in der Verfassung von 1808.

3) Zwar mußte 1801 auf die Rheinpfalz sowie Jülich und 1806 auf Berg verzichtet werden, doch erweiterte sich Bayern von 1803 bis 1810 um die geistlichen Fürstentümer Augsburg, Eichstätt, Freising, Regensburg, Passau und Bamberg, sowie die Reichsstädte Lindau, Kempten, Augsburg, Regensburg, Nürnberg, Nördlingen, Rothenburg, Schweinfurt u. a., die preußische Markgrafschaft Ansbach-Bayreuth, Voralberg, Tirol, Salzburg und das Inn- und Hausruckviertel. Maximilian I. Joseph nahm 1806 den Königstitel an.

4) Doeberl, Ein Jahrhundert bayerischen Verfassungslebens, S. 3.

erweiterte Bayern war es außerdem notwendig geworden, ein einheitliches Staatsrecht zu schaffen, um die Integration der Neubürger und ein gemeinsames Staatsbewußtsein zu fördern[1].

Die Verfassung von 1808 versuchte ganz im Sinne dieser Zeitströmung, wenn auch noch in bescheidenen Formen[2], das Volk staatsrechtlich geordnet an der Regierung des Landes teilhaben zu lassen. Die dem französischen "égalité" - Gedanken folgende Aufhebung der Unterschiede zwischen Adel und Bürgertum[3] führte zu einem Einkammersystem. In die sog. "Nationalrepräsentation" wurden nur Deputierte der höchstbesteuerten Landeseigentümer, Kaufleute und Fabrikanten entsandt. Daß diese Verfassung nie voll verwirklicht worden ist, kann angesichts der weiteren historischen Entwicklung, insbesondere wegen der Abkehr Bayerns von Frankreich[4], der Befreiungskriege gegen Napoleon und der Entwicklung auf und nach dem Wiener Kongreß nicht überraschen. Damit war aber die Konstitutionalitätsidee nicht untergegangen, sondern eher gestärkt durch das Selbstbewußtsein, das die deutschen Völker durch ihre Mithilfe bei der Rettung der Staaten erworben hatten[5]. Die Wiedererstarkung des Adels[6] ließ jedoch nur noch Verfassungslösungen unter Berücksichtigung einer besonderen Stellung des Adels, vorallem der mediatisierten Fürsten, zu, schon um deren Forderung auf Wiederherstellung der Unabhängigkeit die Grundlage zu entziehen[7].

---

1) Spindler, Handbuch der Bay. Geschichte, Bd. IV, 1. Halbband, S. 53/54; Doeberl, S. 5.

2) Spindler, S. 53; Doeberl, S. 15.

3) Der Adel erhielt weder einen besonderen Anteil an der Nationalrepräsentation, noch ein ausschließliches Recht auf Staatsämter und Staatswürden, vgl. Ostadal, Die Kammer der Reichsräte in Bayern 1819 bis 1848, S. 6.

4) Dies kostete Bayern territorial zunächst die österreichischen Gebiete, führte aber 1815/16 zum Gewinn des Großherzogtums Würzburg, Aschaffenburgs und der linksrheinischen Pfalz.

5) Doeberl, S. 20/21.

6) Zu beachten sind aber auch die restaurativen Verfassungsentwicklungen in Frankreich (charte constitutionelle vom 4. Juni 1814, vgl. Doeberl, S. 20, 49) und die englische Verfassung (vgl. Ostadal, S. 15ff), mit ihren Auswirkungen auf die bayerische Entwicklung.

7) Spindler, S. 75/76.

Als die geeignete Form hierfür existierte bereits im Verfassungsentwurf von 1814 das Zweikammersystem. Nicht nur, daß den mediatisierten Fürsten eine verfassungsmäßig begründete Ehrenstellung verliehen werden konnte[1], man erwartete sich von einer eigenen "Adelskammer" vielmehr auch eine gewissermaßen "erbliche" Anhänglichkeit, einen Sinn für die Erhaltung der bestehenden Ordnung und Kronrechte[2], vor allem aber die Verhinderung eines radikalen Vorgehens der Volkskammer und die Beeinflussung der Gesetzgebung im Interesse der Fürsten und des Adels[3]. Die Verfassung vom 26. Mai 1818 sah daher als Legislativorgan die sogenannte "Ständeversammlung" vor[4], die sich in zwei Kammern aufteilte, nämlich in die Kammer der Reichsräte (erste Kammer) und die Kammer der Abgeordneten (zweite Kammer)[5].

Die Zusammensetzung der Reichsrätekammer war in der Verfassung[6] bindend festgelegt; ein periodischer Wechsel der Mitglieder nicht vorgesehen. Wer Reichsrat werden sollte war zum größten Teil direkt in der Verfassung bestimmt (volljährige Prinzen des Königshauses, beide Erzbischöfe, Kronbeamte[7], Häupter der ehemaligen reichsständischen fürstlichen und gräflichen Familien (erbliche Reichsräte) und der Präsident des protestantischen Generalkonsistoriums) und nur in geringem Ausmaß dem König überlassen, der einen Bischof zu ernennen hatte und weitere Personen wegen ihrer Geburt[8], ihrer Ver-

---

1) Ders., S. 80.

2) Doeberl, S. 54.

3) Wilhelm, S. 25.

4) Tit. VI der Verfassungsurkunde (nach dem Landtagswahlgesetz vom 4. Juni 1848 auch "Landtag" genannt).

5) Tit. VI. §1 der Verfassungsurkunde.

6) Tit. VI §2 der Verfassungsurkunde.

7) Dies waren Ämter, die entweder auf Lebenszeit oder erblich verliehen wurden (Tit. V §1 der Verfassungsurkunde). Dazu zählten Kronoberhofmeister, Kronoberstkämmerer, Kronoberstmarschall und Kronoberstpostmeister (Verordnung v. 28.7.1808, ReggBl v. 1808, Bd. II. S. 2109).

8) Abgeändert durch Art. II des Gesetzes v. 9.3.1828 die Bildung der Kammer der Reichsräte betreffend (Bay. Ges.-Bl. v. 1828, S. 9 mit 14), durch das adelige Geburt verlangt wurde.

dienste oder ihres Vermögens zu erblichen oder lebenslänglichen[1] Reichsräten ernennen konnte. Die Abgeordnetenkammer setzte sich aus Abgeordneten der Grundeigentümer, Universitäten, Städte, Märkte, sowie Geistlichen der Katholischen und protestantischen Kirche zusammen[2]. Die Mitgliederzahl richtete sich nach der Zahl der Familien im Königreich, wobei auf 7000 Familien rechnerisch ein Abgeordneter entfiel[3]. Im Gegensatz zur Reichsrätekammer erfolgte die Ermittlung der Abgeordneten durch periodisch wiederkehrende Wahl[4].

Es fällt auf, daß nach der Art und dem Verfahren der Zusammensetzung in dieser frühparlamentarischen Phase eine Einordnung einer der beiden Kammern als Vorläufer des heutigen Bay. Senats schwer fällt; tatsächlich sind Grundzüge in beiden Kammern erkennbar[5]. Dies deutet auf das allgemeine Verlangen der führenden Schichten jener Epoche hin, ihre tatsächliche Bedeutung für den Staat eindeutig in der Verfassung festzulegen[6]. Die weitere verfassungsrechtliche Entwicklung zeigt

---

1) Wichtig war die Beschränkung der Krone bezüglich der Ernennung der lebenslänglichen Reichsräte (Tit. VI §4 der Verfassungsurkunde). Ausgehend davon, daß die Ernennung erblicher Reichsräte an feste Voraussetzungen geknüpft war (Tit. VI§3 der Verfassungsurkunde i. V. m. Gesetz v. 9.3.1828 die Bildung der Kammer der Reichsräte betreffend), war diejenige der lebenslänglichen auf ein Drittel der erblichen beschränkt. Ein Pairsschub war damit in großem Umfang ausgeschlossen wenn auch grundsätzlich noch möglich und auch politisch relevant, vgl. Spindler, S. 140 zum Landtag 1827/28.

2) Tit. VI §7 ff der Verfassungsurkunde.

3) Tit. VI §8 der Verfassungsurkunde. Die so ermittelte Abgeordnetenzahl wurde aufgeteilt, zu einem Achtel auf die Klasse der adeligen Gutsbesitzer, zu einem Achtel auf die Klasse der katholischen und protestantischen Geistlichen, zu einem Viertel auf die Klasse der Städte und Märkte, zu zwei Viertel auf die übrigen Landeigentümer. Außerdem wurde jeder der drei Universitäten ein Mitglied zugeteilt (Tit. VI §9 der Verfassungsurkunde).

4) Die jede Klasse treffenden Abgeordneten wurden auf die Regierungsbezirke verteilt und dort nach einer (relativ komplizierten) Wahlordnung von den Klassen gewählt (vgl. Edict über die Ständeversammlung, Beilage X zur Verfassungsurkunde). Die Wahl erfolgte auf die Dauer von 6 Jahren. Die Wählbarkeit war bestimmt durch den Besitz des Staatsbürgerrechts, die Zugehörigkeit zu einem der drei christlichen Glaubensbekenntnisse, das erreichte dreißigste Lebensjahr und eine gewisse Mindeststeuerleistung (Tit. VI §12 der Verfassungsurkunde).

5) Schimpl, S. 2.

6) Herrfahrdt, Das Problem der berufsständischen Vertretung S. 29ff.

jedoch, daß die Kammer der Reichsräte die wichtigsten Verbindungslinien zur heutigen zweiten Kammer aufweist.
Die Abgeordnetenkammer wurde, durch revolutionäre Tendenzen des Jahres 1848 begünstigt, in eine Volksvertretung im modernen Sinne umgewandelt[1]. Die damit verbundene Aufhebung des Prinzips der Wahl nach Ständen bedeutete eine gänzliche Umgestaltung der Verfassung[2]. Dies zeigt sich auch daran, daß die Abgeordneten hier, wie auch im übrigen Deutschland begannen, sich nach Parteigrundsätzen zu formieren[3].
Über reaktionäre Landtagswahlentwürfe, die zur ständischen Zusammensetzung zurückführen wollten[4], denen aber kein Erfolg beschieden war, führte der Weg unter dem Druck der Angleichung an das Reichstagswahlrecht[5] über das Gesetz vom 21. März 1881 zum direkten Wahlrecht und zur gesetzlichen Festlegung der Wahlkreise.
Die bay. Reichsrätekammer dagegen erwies sich in bezug auf Abänderungsversuche resistent, wenn sie in ihrer Bedeutung im staatlichen Gesamtgefüge durch die Veränderungen der Abgeordnetenkammer auch nicht unberührt blieb; sie unterschied sich als "Erbkammer" immer eindeutiger von der "Wahlkammer".

---

1) Vgl. Landtagswahlgesetz vom 4. Juni 1848, Ges. Bl. v. 1848 S. 77 bis 88. Auf 31.500 Einwohner kam ein Abgeordneter (Art. 1) und die sich so ergebende Zahl von Abgeordneten wurde auf die einzelnen Kreise verteilt (Art. 2). Dort fand dann die Wahl der Wahlmänner statt, sog. Urwahl (Art. 3 Buchstabe a),bei der jeder Staatsbürger und jeder volljährige Staatsangehörige aktiv wahlberechtigt war, wenn er eine direkte Steuer entrichtete (Art. 5). Um passiv wahlberechtigt zu sein,bedurfte es u. a. der Vollendung des 25. Lebensjahres (Art. 6). Die Wahlmänner wählten dann die Abgeordneten, die ihrerseits wieder das 30. Lebensjahr vollendet haben mußten. Die Bindung der aktiven oder passiven Wahlfähigkeit an ein bestimmtes Glaubensbekenntnis wurde aufgehoben (Art. 8). Geheim wurden die Wahlen erst durch Gesetz v. 21. März 1881 die Änderung einiger Bestimmungen des Gesetzes über die Wahl der Landtagsabgeordneten v. 4. Juni 1848 betreffend, Bay. Ges.-u. VOBL von 1881, S. 103 mit 112.

2) Doeberl, S. 105.

3) Ders., S. 122.

4) Ders., S. 133.

5) Ders., S. 158/159.

Wenn die Reichsrätekammer auch in der Zusammensetzung unverändert blieb, so war es doch dieses eben genannte Spannungsverhältnis, das zu einer Vielzahl von Abänderungsvorschlägen führte. Allen Vorschlägen war dabei die Tendenz eigen, die "Basis" der Reichsratskammer zu erweitern, d. h. sie von einer Trägerin der Standesinteressen zu einer Verkörperung der zeitgemäßen, wirtschaftenden Kräfte umzuformen, also berufsständische Elemente einzufügen. Die ersten Vorschläge[1], die bis zum Jahr 1848 zurückdatieren, versuchten relativ bescheidene Erweiterungen der Mitgliedschaft im Reichsrat für nichtadelige Fideikommißbesitzer und Repräsentanten des beweglichen Vermögens[2]. Die fortschreitende Idee der "Basiserweiterung" führte in den sechziger Jahren, initiiert teilweise durch Abgeordnete[3], aber auch entscheidend durch die Regierung[4], zu Vorschlägen für eine neue Zusammensetzung der Reichsrätekammer, die bereits wichtige Parallelen zum heutigen Bay. Senat erkennen lassen.
So sollten zu lebenslänglichen Reichsräten etwa je ein Vertreter der drei Universitäten und je ein Vertreter der beiden Akademien der Wissenschaften und der Künste sowie der Polytechnischen Hochschule berufen werden können[5].

Anfang des 20. Jahrhunderts schließlich zielten Reformvorschläge der Liberalen und Demokraten darauf ab, in erster Linie den "schaffenden Kräften des Bürgerstandes die ihnen gebührende Vertretung" zu sichern; gedacht war hier an die Haupterwerbsgruppen der Landwirtschaft, Industrie, Handel, Handwerk und Arbeiterschaft[6]. Auch diese Reformvorstellungen

---

1) Vorgelegt wurden die Entwürfe vom Ministerium von der Pfronten (Schimpl, S. 12).
2) Doeberl, S. 126/127.
3) Ders., S. 143/144.
4) Ders., S. 144/145.
5) Ders., S. 145.
6) Ders., S. 159.

fanden, genauso wie die radikal-demokratischen Vorstellungen der Sozialdemokraten über die gänzliche Abschaffung der Reichsrätekammer, zunächst keine Mehrheiten, bis nach den revolutionären Wirren im Anschluß an den Ersten Weltkrieg die Bamberger Verfassung zur Abschaffung der Reichsrätekammer und zum Einkammersystem für nahezu 27 Jahre führte.

Von den Funktionen her gesehen, waren Reichsrätekammer und Abgeordnetenkammer völlig gleichgewichtig. Nur die übereinstimmende Willenserklärung beider Kammern stellte dem König gegenüber eine gültige Willenserklärung dar[1]; keine Kammer konnte also wirksam allein handeln. Die Aufgabe der Kammern war im wesentlichen die Gesetzgebung und die Führung des Staatshaushaltes[2].
Zur Erfüllung dieser Aufgaben war den Kammern ein Informationsrecht gegenüber den Staatsministerien eingeräumt worden[3], das ihnen sogar ermöglichte, diese zu notwendigen Ermittlungen zu veranlassen[4], wenn auch die konkrete Ausgestaltung dieser Ermittlungen Sache der Staatsministerien blieb[5].
Das Recht, eigene Untersuchungen anzustellen (Enquêterecht), bestand nur in beschränktem Umfang in der Form, Gutachten von Sachverständigen einzuholen[6].

---

1) Tit. VI §19 der Verfassungsurkunde.

2) Tit. VII §§ 2 bis 19 der Verfassungsurkunde.

3) Seine Ausgestaltung in dieser Form erhielt das Informationsrecht allerdings erst durch das Gesetz den Geschäftsgang des Landtags betreffend vom 19.1.1872, Bay. Ges. Bl. v. 1871/72, S. 173 mit 192; vgl. dort Art. 33 Abs. 1.

4) v. Seydel, Bay. Staatsrecht, 1. Band, S. 354.

5) Ders., S. 356.

6) Art. 33 Abs. 3 Geschäftsganggesetz; jedoch konnte niemand zur Abgabe eines Gutachtens gezwungen werden, und es durften der Staatskasse keine Ausgaben daraus erwachsen (Art. 33 Abs. 4).

Außerdem existierte dem König gegenüber ein "Petitionsrecht"[1] genanntes Antragsrecht mit dem Inhalt, Wünsche und Anträge in der geeigneten Form vorzubringen[2]. Dieses Recht umfaßte nach allgemeiner Meinung auch das Gesetzesinitiativrecht[3], was später durch Gesetz[4] bestätigt wurde.
Im übrigen war jede der beiden Kammern Adressat von Beschwerden, die die Staatsbürger wegen Verletzung konstitutioneller Rechte an sie richten konnten; es lag insofern eine Art Petitionsrecht im modernen Sinne vor[5].

Die Wirkung der Kammer der Reichsräte im Verfassungsleben

Die Reichsrätekammer sollte nach den Vorstellungen der Verfassungsgeber eine vermittelnde Stellung zwischen Krone und Abgeordnetenkammer einnehmen; vor allem den gleichmäßigen Gang der staatlichen Entwicklung gewährleisten und im Sinne des Adels und der Krone mäßigend auf radikale Tendenzen ihrer Schwesterkammer einwirken[6].

Gerade auf den ersten Landtagen erfüllte die Reichsrätekammer tatsächlich die in sie gesetzten Erwartungen und war eine Stütze der Regierung[7]. Sie stand in Budgetfragen, und wenn es um Belange des Königshauses selber ging, treu zur Krone[8].

---

1) Tit. VII §19 der Verfassungsurkunde.

2) Dieses "Petitionsrecht" darf also nicht mit dem gleichnamigen heutigen Recht verwechselt werden. Es bezog sich vielmehr nur auf das Verhältnis Landtag - König.

3) v. Seydel, S. 358.

4) Art. 1 des Gesetzes die ständische Initiative betreffend v. 4. Juni 1848 (Bay. Ges. Bl. v. 1848, S. 61 bis 66). Art. 2 dieses Gesetzes räumte das Gesetzesinitiativrecht jeder der beiden Kammern sogar bezüglich eines Teils des Verfassungsrechts ein.

5) Tit. VII §21 der Verfassungsurkunde.

6) Spindler, S. 137.

7) Ostadal, S. 181.

8) Ders., S. 182.

Doch erwies sie sich auch mitunter als Widersacherin des Königshauses[1]; sie verfocht dabei den Grundsatz der Unwandelbarkeit der Verfassung nach allen Seiten, denn diese war für sie der "ruhende Pol"[2] der politischen Arbeit. Trotzdem gelang es ihr nicht immer, die "Aufregung des Tages" zu dämpfen; sie nährte sie gelegentlich sogar[3]. Bemerkenswert jedoch ist, daß die Kammer im Laufe ihrer Entwicklung nicht starr und unbeweglich agierte, sondern auch zeitgemäßen Fortschritt beachtet und so etwa die Reformen des Jahres 1848 mitgetragen hat[4].

Vor allem der Adel in seiner relativen Unabhängigkeit vom König und die aus ihm hervorgegangenen Persönlichkeiten haben im Vormärz der Kammer der Reichsräte einen erheblichen Einfluß gesichert[5]. Erst die schwindende Bedeutung des Adels zusammen mit dem schrittweisen Ausbau der Abgeordnetenkammer zur echten Volksvertretung ließen die Kritik an der Zusammensetzung lauter werden und führten zu zahlreichen Reformplänen und schließlich zur - zeitweiligen - Abschaffung des Zweikammernsystems in Bayern im Jahre 1919.

b) Vorläuferinstitutionen in Deutschland

Der Preußische Volkswirtschaftsrat

Der Volkswirtschaftsrat wurde in Preußen durch Verordnung vom 17.11.1880 eingeführt[6]. Er ging auf eine politische Initia-

---

1) So etwa auf dem Landtag 1827/28, wobei es in dieser Frühphase noch zur stärkeren politischen Zusammenarbeit mit der Schwesterkammer kam (vgl. Spindler, S. 138ff).

2) Ostadal, S. 183.

3) So etwa auf dem Landtag 1846 und besonders beim Kampf gegen Minister Abel, vgl. Spindler, S. 207f.

4) Spindler, S. 228ff.

5) Ders., S. 136.

6) Verordnung betreffend die Errichtung eines Volkswirtschaftsrates v. 17.11.1880, Preussisch-deutsche Gesetzessammlung 1806 - 1904, BdI 1, Verfassungsrecht, Düsseldorf 1904, S. 732ff.

tive Bismarcks zurück[1] und beruhte auf verschiedenen Gründen. Zum einen zeigte sich nicht zuletzt bei der Regierung selbst ein starkes Bedürfnis nach sachverständiger Beratung durch besonders berufene Vertreter wirtschaftlicher Interessengruppen[2]. Zum anderen sollte dem theoretischen Wissen der Ministerialbürokratie der praktische Sachverstand der unmittelbar Beteiligten gegenübergestellt werden[3], um angebliche Mängel der parlamentarischen Arbeit, so wie sie vor allem Bismarck sah, auszugleichen[4].

Der Volkswirtschaftsrat bestand aus 75 Mitgliedern, von denen 45 von den zuständigen Ministern dem König aus einem doppelt so großen Kreis von Kandidaten vorgeschlagen wurden. Diese Kandidaten mußten seitens der Handelskammern, kaufmännischen Korporation und landwirtschaftlichen Vereine in den Provinzen Preußens im Rahmen von Präsentationswahlen festgestellt werden[5]. Außerdem wurden dem König weitere in der Auswahl dem Ermessen der Minister direkt überlassene 30 Mitglieder vorgeschlagen, von denen mindestens die Hälfte dem Handwerker- und Arbeiterstand entstammen mußten[6]. Der Volkswirtschaftsrat zerfiel damit in drei Abteilungen: Handel, Gewerbe sowie Forst- und Landwirtschaft[7].

---

1) Huber, Verfassungsgeschichte Bd. IV, S. 1208.

2) Herrfahrdt, S. 70.

3) Glum, Der deutsche und französische Reichswirtschaftsrat, S. 10ff.

4) Saipa, Wirtschaftsräte und gesamtwirtschaftliche Mitbestimmung, S. 513.

5) §2 Verordnung über den Volkswirtschaftsrat; zum Zwecke der Präsentationswahlen hatten in den einzelnen Provinzen die Vertreter aller Handelskammern bzw. die Vorstände der kaufmännischen Korporationen nach näherer Anordnung des Oberpräsidenten, der ihre Stimmenzahl nach den Steuerbeträgen festsetzte (§5 Abs. 3 der Verordnung), zusammenzuwirken. Die Vertreter der Landwirtschaft wurden unabhängig davon von den landwirtschaftlichen Vereinen in freier Wahl präsentiert (§6 der Verordnung).

6) §4 der Verordnung über den Volkswirtschaftsrat.

7) §9 Abs. 1 der Verordnung.

Die Aufgabe des Volkswirtschaftsrates war es, "in der Regel" Gesetze und Verordnungen, welche Interessen von Handel, Gewerbe und Land- und Forstwirtschaft betrafen, zu begutachten[1]. Dazu mußte die Befassung mit der Sache vom Staatsministerium veranlaßt sein; ein eigenes Initiativrecht, Gesetzanregungsrecht, Enquêterecht oder andere Befugnisse standen dem Volkswirtschaftsrat nicht zu.

Über die Wirksamkeit der Arbeit sind die Aussagen nicht einheitlich; gelegentlich wird erwähnt, daß positive Einflüsse auf bestimmte wirtschafts- und sozialpolitische Vorhaben in Zusammenhang mit den Auswirkungen des Sozialistengesetzes vom 21.10.1878 bestanden haben, z. B. bei der Unfallversicherung[2].
Andererseits bezeichnet man den VWR auch einfach als "Fehlschlag"[3], vor allem, weil er selten tagte (z. B. nur vier Mal zwischen 1880 und 1888) und eine Erweiterung zu einem deutschen Volkswirtschaftsrat, wie ihn Bismarck plante, mißlang[4].

Der Volkswirtschaftsrat hat auch zeitgenössische Kritik erfahren. Sie richtete sich gegen die wirtschaftliche Ausrichtung der Zusammensetzung und die damit bedingte Vernachlässigung geistiger Bedürfnisse[5]. Außerdem bestanden im Rahmen der Diskussionen um eine Ausweitung auf einen Reichswirtschaftsrat Bedenken hinsichtlich der Stellung des Reichstages. Es wurden Tendenzen befürchtet, die den Reichskanzler

---

1) §1 Abs. 1 der Verordnung.

2) Saipa, S. 513.

3) Strauss, Die Erfahrungen mit dem vorläufigen Reichswirtschaftsrat, S. 46.

4) Steinberg, Zur Institutionalisierung des Verbandseinflusses in einem Bundeswirtschafts- und Sozialrat, S. 838.

5) Herrfahrdt, S. 159.

gegenüber dem Reichstag stärken konnten. Gleichzeitig sah man Gefahren ungerechtfertigter Majorisierung von bestimmten proportional ungerechtfertigt vertretenen Interessen auf Grund der "Zusammensetzung der Ungleichheiten" (ähnliche Befürchtungen kehren später beim Bay. Senat wieder)[1].
Mitentscheidend für den Niedergang des Volkswirtschaftsrates war, daß dieser lediglich auf Grund Verordnung, quasi künstlich, geschaffen wurde und zudem auf einem System von wohlorganisierten Berufsständen basieren sollte, die noch in dieser Form nicht existierten, und deren Aufbau auch nicht Ziel Bismarck'scher Politik war[2].
Der letzte Anstoß für das Scheitern des preußischen Volkswirtschaftsrates war die Ablehnung einer Erweiterung auf das Reich. Im Reichstag konnte man sich nicht über die Diätenfrage einigen[3], so daß darüber neben den Bedenken auch einen deutschen Volkswirtschaftsrat nur durch Verordnung einzuführen, das Vorhaben scheiterte. Die Folgen waren damit vorgezeichnet; der bestehende preußische Volkswirtschaftsrat geriet in Vergessenheit und war schon Ende der 80er Jahre nur noch "in Trümmern" vorhanden[4].

Der vorläufige Reichswirtschaftsrat (1920 - 1934)

Der Reichswirtschaftsrat fußte ideengeschichtlich auf dem preußischen Volkswirtschaftsrat, dessen Grundgedanke (trotz mißglückter Ausdehnung auf das Reich) lebendig geblieben war[5].

---

1) Vgl. zu den Diskussionen ausführlich: Herrfahrdt, S. 69ff.
2) Kalkbrenner, S. 115.
3) Ders., S. 111.
4) Ders., S. 115.
5) Strauss, S. 46.

Die wichtigsten Anstöße kamen aber aus dem verfassungspolitischen Kampf um die Staatsform des Deutschen Reiches nach der Novemberrevolution von 1918. Vor allem die Forderungen der politischen Linken[1] - insbesondere der USPD - zielten auf Errichtung einer Rätedemokratie, in die die im Zuge der Revolution gebildeten Räte aufgehen sollten[2]. Die SPD, deren Führer sich an der Leitidee der parlamentarischen Demokratie orientierten, konnten den Rätegedanken abfangen und mit Hilfe der Weimarer Koalition (SPD, DDP, Zentrum) auf das Gebiet der Wirtschaft abdrängen[3]. Der Verfassungsentwurf vom Februar 1919 erwähnte die Räte überhaupt nicht. Die Reichsregierung sah sich erst nach einem Proteststurm der politischen Linken zu einer programmatischen Erklärung vom 5.3.1919 zu Gunsten eines Reichswirtschaftsrates veranlaßt[4]. Der daraufhin im Sinne einer solchen Institution eingefügte Art. 165 WRV wurde jedoch nie ganz mit Leben erfüllt. Es kam lediglich durch Verordnung der Reichsregierung vom 4.5.1920[5] zur Etablierung eines vorläufigen Reichswirtschaftsrates.

Diese Verordnung konzipierte den Reichswirtschaftsrat - zunächst nur übergangsweise gedacht - nicht als Spitze einer Pyramide von Arbeiter- und Wirtschaftsräten[6], sondern stellte ihn unvermittelt und relativ unverbunden in das Verfas-

---

1) Aber auch von konservativer Seite war schon in der Diskussion um die Reform des preußischen Dreiklassenwahlrechts der Ständegedanke als "Ausgleichsgewicht" für das neue egalitäre Wahlrechtssystem betont worden (Strauss, S. 46), so daß auch von dieser Seite eine Befürwortung des Reichswirtschaftsrates zu beobachten war (Steinberg, S. 838).

2) Saipa, S. 514.

3) Apelt, Vom Bundesstaat zum Regionalstaat, zum Gesetzentwurf über den endgültigen Reichswirtschaftsrat, S. 6.

4) Saipa, S. 514; Hachenburg, Lebenserinnerungen eines Rechtsanwaltes, S. 315.

5) RgBl v. 1920 Teil I, S. 858. Zu Grunde lag das Gesetz über eine vereinfachte Form der Gesetzgebung für die Zwecke der Übergangswirtschaft v. 17.4.1919.

6) Vgl. Art. 11 Abs. 2 der Verordnung, der von der Mitwirkung beim Aufbau dieser Räte spricht. Dies wird man als Zeichen für eine Abkehr vom revolutionären Rätegedanken zu werden haben.

sungsleben. Wenn auch der "Unterbau" in Form der Arbeiterräte durch das Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 (RGBL S. 147) geschaffen wurde, so waren damit doch lediglich die Basisräte und die Zentralinstanz der Wirtschaftsräte (der Reichswirtschaftsrat), und dieser auch nur in provisorischer Form, vorhanden[1].
Der weitere in der Verfassung vorgesehene Ausbau wurde schleppend vorangetrieben und verlief schließlich im Sande[2]; insbesondere unterblieb der Aufbau eines endgültigen Reichswirtschaftrates.

Nach Abschluß einer längeren Diskussion, in deren Verlauf sich die Vorschläge hinsichtlich der Mitgliederzahl ständig erhöht hatten[3], sah die VO v. 4.5.1920 insgesamt 326 Mitglieder für den Reichswirtschaftsrat vor. Diese waren in zehn Gruppen unterteilt, in denen jeweils - mit Ausnahme der letzten vier[4] - Parität von Arbeitgebern und Arbeitnehmern vorgesehen war. Die Gruppen waren wie folgt vertreten:
(Art. 2 der VO)

I.	Land- und Forstwirtschaft	68 Vertreter
II.	Gärtnerei und Fischerei	6 Vertreter
III.	Industrie	68 Vertreter
IV.	Handel, Banken u. Versicherungswesen	44 Vertreter
V.	Verkehr und öffentliche Unternehmungen	34 Vertreter
VI.	Handwerk	36 Vertreter
VII.	Verbraucherschaft	30 Vertreter

---

1) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Art. 165, Anm. 6.

2) Hachenburg, S. 344ff.

3) Der Streit ging zwischen den Interessengruppen darum, die Vertretung aller wichtigen Berufsgruppen entsprechend ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung sicherzustellen, wie dies Art. 165 Abs. 2 S. 2 WRV verlangte (vgl. Strauss, S. 48/49; Herrfahrdt, S. 149; Hachenburg, S. 318f).

4) Die daher auch sehr umstritten waren, vgl. Strauss, S. 50.

VIII.	Beamtenschaft und freie Berufe	16 Vertreter
IX.	mit dem Wirtschaftsleben der einzelnen Landesteile besonders vertraute Persönlichkeiten	12 Vertreter
X.	von der Reichsregierung nach freiem Ermessen zu ernennende Persönlichkeiten	12 Vertreter

Die Ernennung erfolgte zu einem kleinen Teil allein durch die Reichsregierung (Gruppe X) oder durch den Reichsrat (Gruppe IX), im übrigen aber durch die entsprechenden Körperschaften[1], die ein Widerrufsrecht (recall) besaßen[2]. In Anlehnung an das herkömmliche Parlamentsrecht sollten die Mitglieder aber trotzdem an Aufträge nicht gebunden und nur ihrem Gewissen verantwortlich sein[3]. Mit der Mitgliedschaft im Reichstag bestand keine Inkompatibilität.

Die Rechte des Reichswirtschaftsrates lagen wesentlich in der Begutachtung von Gesetzesentwürfen von grundlegender Bedeutung[4]. Diese Tätigkeit war von der vorherigen Entscheidung der Regierung abhängig[5]. Außerdem hatte der vorläufige Reichswirtschaftsrat ein der Gesetzesinitiative praktisch angenähertes, qualifiziertes Anregungsrecht für den Erlaß von Gesetzen[6], das allerdings auf wirtschafts- und sozialpolitische Bereiche begrenzt war. Organisatorisch bestand dieses Recht der Reichs-

---

1) Nur falls dies nicht geschah, konnte die Reichsregierung und in geringem Umfang der Reichsrat die Mitglieder selbst aus den entsprechenden Kreisen ernennen (Art. 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung über den vorl. Reichswirtschaftsrat).

2) Art. 4 Abs. 6 der Verordnung.

3) Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Verordnung.

4) Art. 165 Abs. 4 S. 1 WRV; Art. 11 Abs. 1 der VO über den vorl. Reichswirtschaftsrat.

5) Art. 11 Abs. 1 S. 1 der Verordnung.

6) Art. 165 Abs. 4 S. 2 WRV; Art. 11 Abs. 1 S. 2 der Verordnung.

regierung gegenüber, die aber auch bei Nichtzustimmung den Antrag dem Reichstag vorlegen mußte[1]. Vor dem Reichstag konnte der Reichswirtschaftsrat seinen Antrag dann durch eines seiner Mitglieder vertreten lassen[2].
Ein eigenes Enquêterecht besaß der Reichswirtschaftsrat nicht, er konnte lediglich verlangen, daß die Reichsregierung zur Aufklärung wirtschaftlicher und sozialpolitischer Fragen von ihrem Recht, Auskünfte einzuholen, Gebrauch machte und ihm die Ergebnisse ihrer Ermittlungen vorlegte[3]. Dieses Recht wurde nur selten in Anspruch genommen; der Schwerpunkt der Arbeit lag auf der gutachterlichen Tätigkeit, die sich auf Gesetzentwürfe, aber auch auf die Vorbereitung anderer wirtschafts-, sozial- und finanzpolitischer Maßnahmen bezog[4].

Die Arbeit des Reichswirtschaftsrates wurde durch die allgemeine politische Lage erschwert. Zwischen der Reichsregierung und dem Präsidium des Reichswirtschaftsrates wurde im Dezember 1923 im Zuge notwendiger Sparmaßnahmen vereinbart, daß die Tätigkeit wesentlich eingeschränkt und Arbeiten nur im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsministerium aufgenommen werden sollten. Widerspruch aus den Reihen des Reichswirtschaftsrates kam dabei nicht. Seither wurde ausschließlich in den Ausschüssen und auch dort im wesentlichen in den Hauptausschüssen beraten, so daß von den 326 Mitgliedern nur etwa 100 aktiv mitarbeiteten und die anderen sich mit der Ehrenstellung eines Mitgliedes des Reichswirtschaftsrates zufrieden gaben[5].

---

1) Art. 165 Abs. 4 S. 3 WRV.

2) Art. 165 Abs. 4 letzter Satz WRV.

3) Art. 12 der Verordnung.

4) Kalkbrenner, S. 118. Diese Arbeit vollzog sich entgegen der Intention des Verordnungsgebers nicht in den Gruppen und im Plenum, sondern verstärkt in den Ausschüssen; seit 1923 tagte das Plenum überhaupt nicht mehr. Es bestanden statt dessen zwei ständige und daneben bis zu 51 weitere Ausschüsse (Steinberg, S. 839; Stern, Zur Einführung eines Wirtschafts- und Sozialrates, S. 106).

5) Kalkbrenner, S. 118.

Zu dieser Entwicklung hat auch beigetragen, daß die Mitglieder des Reichswirtschaftsrates eine gewisse Ineffizienz der Arbeit im Plenum bei einem praktisch rein beratenden Organ empfanden und hier die Form der parlamentarischen Arbeit als verfehlt ansahen[1].

Eine weitere Minderung seiner Position erfuhr der Reichswirtschaftsrat - zusammen mit dem Reichstag - durch die Verschlechterung der wirtschaftlichen und innenpolitischen Situation in Folge der Notverordnungspolitik mit dem Beginn des Jahres 1930. Es bestand keine Verpflichtung, den Reichswirtschaftsrat zur Begutachtung von Notverordnungsentwürfen heranzuziehen; so wurde die Tätigkeit nach 1930 noch geringer, bis der Reichswirtschaftsrat schließlich per Gesetz vom 23. März 1934 beseitigt wurde[2].

Die Bewertung seiner Arbeit ist in der Literatur nicht einheitlich[3], doch überwiegt die Auffassung, daß dieser nur von geringer Bedeutung gewesen ist[4]. Insbesondere konnte der Gegensatz zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht durch das Expertengespräch überwunden werden[5]; ganz im Gegenteil hoben sich die Meinungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern trotz der teilweise hervorragenden personellen Ausstattung[6] oftmals gegeneinander auf, so daß das Beratungsergebnis kaum Anregungen für den Reichstag bot. Zudem bereitete die Reichs-

---

1) Hachenburg, S. 331f.

2) Kalkbrenner, S. 118.

3) Als Beispiel: Saipa, S. 515 einerseits; Steinberg, S. 829; Strauss, S. 58 andererseits.

4) Wilhelm, S. 37; Strauss, S. 58. Die politisch-sachliche Arbeit im Detail wird dagegen auch positiv erwähnt, vgl. Saipa, S. 515.

5) Saipa, S. 516; Steinberg, S. 839.

6) Hachenburg, S. 320ff.

regierung ihre Gesetzesvorlagen sehr genau vor, so daß oftmals im Reichswirtschaftsrat dasselbe beraten wurde, was bereits durchgearbeitet worden war[1]. Es konnte auch nicht verhindert werden, daß die Reichsregierung im Rahmen dieser gründlichen Vorbereitung die Verbände direkt anhörte[2] und sich zusätzlich eine große Zahl von Beiräten schuf[3].

Letztlich teilte der Reichswirtschaftsrat damit das Schicksal des Volkswirtschaftsrates, er endete in der Bedeutungslosigkeit, und seine Abschaffung vollzog nur die faktische Entwicklung gesetzgeberisch nach.

(2.) Entstehungsgeschichte des Bay. Senats

Die Schaffung des Bay. Senates fällt in eine Zeit, in der ein kriegszerstörtes Deutschland zu einem geordneten Staatsleben zurückfinden mußte. Eindringlich hatte sich aus der Weimarer Zeit die Erinnerung an das Versagen der demokratischen Parteien, den ständigen Parteihader und, damit zusammenhängend, die praktische Unmöglichkeit sinnvoller Parlamentsarbeit (Notverordnungswesen) deutlich erhalten. Nicht zuletzt waren die Auswirkungen im kriegszerstörten Bayern noch jedermann gegenwärtig. So war die Suche nach Stabilität und sachlicher Arbeit groß[4].

---

1) Kalkbrenner, S. 119; vgl. auch die aufschlußreichen Ausführungen zum "Klima" innerhalb des Reichswirtschaftsrat bei Hachenburg, S. 320ff.

2) Steinberg, S. 839; Strauss, S. 58.

3) Steinberg, S. 839.

4) Diese Stimmung kommt auch in einem Beitrag zum Ausdruck, der im Verfassungsausschuß der Verfassungsgebenden Landesversammlung geäußert wurde (Vgl. Prot. Bd. II S. 488, Ehard):
"Die zweite Kammer soll vorallem - ich will es so nennen - ein Stabilitätsfaktor sein. Sie soll ein Gegengewicht gegen das bloß parteipolitische Denken und den bloß parteipolitischen Aufbau der Repräsentation des Volkes bilden. Sie soll einen Schutz vor übereilten Beschlüssen, vor Zufallsbeschlüssen und Zufallsergebnissen gewähren. Sie soll an sich nicht gezwungen sein, politische Gegensätze auszutragen, ihre Aufgaben sollen vielmehr nicht eigentlich politischer Natur sein. Sie soll mehr rein sachliche Arbeit leisten".

Diesen zeitgeschichtlichen Vorgaben schien im Legislativbereich eine zweite Kammer am besten gerecht zu werden.

Im Laufe der Verhandlungen in der verfassungsgebenden Landesversammlung und im Verfassungsausschuß zeigten sich jedoch Unterschiede in den Auffassungen der beiden großen Parteien SPD und CSU hinsichtlich Zusammensetzung und Wirkungsweise einer derartigen Kammer. Die CSU favorisierte eine starke zweite Kammer, die nicht parteipolitisch zusammengesetzt sein sollte; die SPD neigte mehr dem Einkammersystem zu, u. a. mit dem Argument, die Errichtung der Kammer der Reichsräte nach der Verfassung von 1818 sei auch im wesentlichen der Absicht zuzuschreiben gewesen, die Herrschaft eines Standes, des Adels, zu erhalten und zu festigen; also bestehe die Gefahr, daß eine solche Kammer generell nur dem Wohl von Gruppen dienstbar gemacht werde[1]. Als taktisches Mittel[2] - um der stärkeren CSU wirksam begegnen zu können - verfolgte die SPD dann den Plan, eine starke, aber parteipolitisch zusammengesetzte zweite Kammer zu errichten. Hoegner (SPD) schlug einen sogenannten "Landesrat" vor[3], bei dem auf 100 000 Einwohner 1 Mitglied entfiel, das in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer und geheimer Wahl gewählt werden sollte. Nach diesen Plänen hätte der Landesrat, ähnlich wie die Kammer der Reichsräte im 19. Jahrhundert, die gleichen Rechte wie der Landtag gehabt; allerdings war beabsichtigt,bei Nichtübereinstimmung der beiden Kammern das Volk entscheiden zu lassen, also ein Element der direkten Demokratie einzuführen.

Die Entwürfe der CSU-Fraktion gingen den ganz anderen Weg eines Ständesenats, wobei die Senatoren vom Staatspräsidenten[4] ernannt werden sollten[5]. Dabei mußten die ihm vorgebrachten

---

1) Wilhelm, S. 25.

2) Schimpl, S. 38 vorallem FN 10.

3) Protokolle Bd. I. S. 15.

4) Ein Staatspräsident war damals in Bayern geplant, wurde aber nicht verwirklicht.

5) Ursprünglich war eine Dreiteilung vorgesehen: 1/3 ständische Vertreter, 1/3 vom Landtag gewählt, 1/3 vom Staatspräsidenten ernannt.

Vorschläge der Berufsstände, Körperschaften oder anderer geeigneter Vereinigungen berücksichtigt werden[1]. Für diesen Senat war zudem ein starkes suspensives Vetorecht geplant. Der erste Einspruch konnte zwar mit einfacher Mehrheit des Landtages dem Senat wieder vorgelegt werden, erhob dieser aber zum zweiten Mal diesmal mit Zweidrittelmehrheit Einspruch, so kam das Gesetz nur mit Zweidrittelmehrheit des Landtages zustande.

Über den Entwurf Ehard - Nawiasky[2] kam es dann zum Kompromiß der großen Parteien, wobei sich die CSU in bezug auf die Organisation (keine parteipolitische Zusammensetzung), die SPD sich jn bezug auf die Funktionen (vor allem kein absolutes Vetorecht) durchsetzte[3]. Diesem Kompromiß der äußeren Form und Wirkungsweise entsprach die Korrektur der Ideen, die der Errichtung einer zweiten Kammer zugrundegelegen hatten. Die Begrenzung der Macht des Parlaments durch ein Gegengewicht[4] wurde zugunsten der Hoffnung auf bessere Gesetze[5] in die zweite Reihe verwiesen. Dabei schrieb man dem Landtag zwei Nachteile zu, die nach den Vorstellungen der Verfassungsgeber eine zweite Kammer nicht haben sollte. Dies war einmal der Vorwurf, die Parlamente arbeiteten angeblich nicht sachlich, sie ergingen sich im Parteienhader; eine deutliche Reminiszenz an die Weimarer Zeit. Zum zweiten der Vorwurf, den Abgeordneten mangele es häufig am nötigen Sachverstand, so daß man sich auf die Qualität der Gesetze durch eine zweite Kammer einen wohltuenden Einfluß erhoffte.

---

1) Schimpl, S. 44; folgende Vertreter waren vorgesehen: Land- und Forstwirtschaft 16; Industrie- und Handelskammer 8; Handwerkskammer 8; Gewerkschaften 16; Freie Berufe 5; Gemeinde und Gemeindeverbände 5; Religionsgemeinschaften 4; Hochschulen und Akademien 3; 2 Vertreter der Richter und 5 vom Staatspräsidenten nach freiem Ermessen zu bestimmende Vertreter.

2) Prot. Bd. II S. 488-512.

3) Denn falls keine parteipolitische Zusammensetzung zu erreichen war, so sollte nach Auffassung der SPD der Einfluß der Zweiten Kammer zumindest gering sein, vgl. zu diesem Kompromiß: Wilhelm, S. 31-33.

4) Wilhelm, S. 6/7.

5) Ders., S. 10ff.

Nicht zuletzt blieb der Gedanke erhalten, eine zweite Kammer könne der durch die Legislaturperioden hervorgerufenen Unbeständigkeit von Landtag und Regierung ein Element der Stabilität und Kontinuität entgegensetzen[1].

2. Die Zusammensetzung

(1.) Die Berufung der Senatoren

Die in der Verfassung als Normalfall alle zwei Jahre vorgesehene Berufung von jeweils einem Drittel der Senatoren durch die Verbände[2] (Art. 36 Abs. 1 BV) hat zwei notwendige Voraussetzungen:
Zum einen müssen die Verbände benannt werden, die an dem Berufungsverfahren teilnahmeberechtigt sind. Insoweit bietet die Aufstellung in Art. 35 BV nur eine grobe Auswahl, die in der Verfassung durch Art. 179 BV[3] ergänzt wird.
Zum anderen sind entsprechende Wahlordnungen erforderlich, um ein gleichbleibendes, geordnetes Wahlverfahren zu garantieren, das gleichzeitig der Unterschiedlichkeit der verschiedenen zur Berufung herangezogenen Organisationen Rechnung trägt.
Beide Voraussetzungen sind in folgender Weise erfüllt worden.

---

1) Ders., S. 19ff.

2) Vgl. Art. 36, 37 BV; die ersatzweise Berufung der Senatoren durch den Landtag (Art. 42 S. 2 BV) ist heute Geschichte. Sie erfolgte das letzte Mal im Jahre 1959 bei einem Vertreter der freien Berufe.

3) Danach sind Verbände mit Zwangsmitgliedschaft oder staatlichen Machtbefugnissen als senatsfähige Körperschaften ausgeschlossen. Also dürften die Industrie- und Handelskammern, sowie die Handwerkskammern eigentlich nicht im Senat vertreten sein; vgl. §2 Abs. 1 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammer vom 18.12.1956 (Zwangsmitgliedschaft); Art. 2 und 7 des Ergänzungs- und Ausführungsgesetzes zum eben genannten Gesetz (staatliche Machtbefugnisse), sowie §90 Abs. 2 HandwO (Zwangsmitgliedschaft), §91 Abs. 1 Nr. 4-6 HandwO (staatliche Machtbefugnisse). Auf dieses Spezialproblem innerhalb der Bay. Verfassung kann hier jedoch nicht weiter eingegangen werden.

Die "Feinauswahl" der in Frage kommenden Verbände erfolgt entweder direkt über das Senatsgesetz (i. V. m. Art. 42 S. 1 BV), so beispielsweise für die Land- und Forstwirtschaft oder für Industrie und Handel (Bay. Bauernverband, Industrie- und Handelskammer)[1], oder aber über besondere Verzeichnisse, die das Staatsministerium des Inneren führt, so etwa bei den Gewerkschaften oder den freien Berufen[2]. Diese Verzeichnisse

---

1) Dies gilt insgesamt für folgende Vertreter: Land- und Forstwirtschaft (Art. 1 SenG); Industrie und Handel (Art. 2 SenG); Handwerk (Art. 3 SenG); Hochschulen und Akademien (Art. 9 SenG), neuerrichtete Hochschulen und Akademien sind automatisch zwei Monate nach ihrer Errichtung wahlberechtigt, soweit sie Handlungsfähigkeit erlangt haben; vgl. (Art. 9 Abs. 1 S. 2 SenG); Gemeinde und Gemeindeverbände (Art. 10 SenG); Religionsgemeinschaften (Art. 7 SenG).

2) Insgesamt gilt dies für folgende Verbände: Gewerkschaften (Art. 4 SenG); in das Verzeichnis der Spitzenorganisationen sind eingetragen: Deutscher Gewerkschaftsbund, Landesbezirk Bayern; Deutsche Angestelltengewerkschaft, Landesverband Bayern und Bayerischer Beamtenbund e.V.; freie Berufe (Art. 5 SenG), in das Verzeichnis sind eingetragen: Verband der Ärzte Deutschlands, Hartmannbund, Landesverband Bayern; Freier Verband Deutscher Zahnärzte e.V. Landesverband Bayern; Landesverband Bildender Künstler Bayern e.V.; Bayerischer Anwaltsverein; Bayerischer Apothekerverein e.V.; Verein der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten in Bayern e.V.; Landesverband Bayern öffentlich bestellter Sachverständiger e.V.; Bund Deutscher Architekten im Land Bayern e.V.; Berufsverband freischaffender Architekten und Bauingenieure e.V.; Landesverband praktischer Tierärtze e.V.; Deutsche Heilpraktikerschaft Landesverband Bayern e.V.; Verband wirtschafts- und steuerberatender Berufe in Bayern e.V.; Bayerischer Notarverein e.V.; Vereinigung Freischaffender Architekten Deutschlands e.V. Landesgruppe Bayern; Verband beratender Ingenieure Landesverband Bayern; Freier Autorenverband Landesverband Bayern e.V.; Verband selbständiger Ingenieure und Architekten e.V.-VSIA- Landesverband Bayern (Quelle: Staatsanzeiger Nr. 47/1975, 1 und 2/1981); Genossenschaften (Art. 6 SenG), im Verzeichnis sind aufgeführt: Bay. Raiffeisen Verband e.V.; Bay. Genossenschaftsverband (Schulze-Delitzsch) e.V.; Verband bay. Wohnungsunternehmen (Baugenossenschaften und -gesellschaften) e.V.; Revisionsverband Deutscher Konsumgenossenschaften e.V. Landesgruppe Bayern; Edeka-Verband kaufmännischer Genossenschaften e.V. Verbandsbezirk Bayern (Quelle: Schreiben des Bay. Staatsministerium des Inneren, AZ: IA 1-122/1 v. 4.8.1982); Wohltätigkeitsorganisationen (Art. 8 SenG), in das Verzeichnis sind eingetragen: Caritasverband e.V. Landesverband Bayern; Landesverband für innere Mission der ev.- luth. Kirche Bayern e.V.; das Bay. Rote Kreuz; Arbeiterwohlfahrt Landesverband Bayern e.V.; Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband e.V. Landesverband Bayern (Quelle: MB v. 17.9.1947, StAnz Nr. 38).

können in gewissem Rahmen[1] auch geändert (respektive ergänzt) werden. Die Entscheidung liegt dabei beim Staatsministerium des Innern (Art. 13 S. 2 SenG) mit der Möglichkeit der Beschwerde zum Verfassungsgerichtshof (Art. 13 S. 3 SenG).

Die zweite oben erwähnte Voraussetzung, der Erlaß von Wahlordnungen, erfolgte bis 1959 jeweils durch das Staatsministerium des Innern nach Anhörung der in Betracht kommenden Körperschaften (Art. 14 SenG)[2]. Sie berücksichtigen dem Senatsgesetz entsprechend die Unterschiedlichkeiten der verschiedenen Organisationen.

Unterschieden werden drei Berufungstypen: Ein Teil der Senatoren wird durch Gremien gewählt, die bereits bestehen und sonst andere Aufgaben wahrnehmen, etwa die Landesversammlung des Bay. Bauernverbandes oder der Hauptausschuß des Bay. Gemeindetages[3] (1. Berufungstyp). Ein weiterer Teil der Senatoren wird von Körperschaften gewählt, die lediglich für die

---

1) So bei der Bildung neuer Körperschaften, die den Voraussetzungen des Art. 13 SenG (Tätigkeit in ganz Bayern, erhebliche Bedeutung) entsprechen.

2) Bekanntgabe der Wahlordnungen vom 25.11.1949 (Bay. BSVI I S. 119): Wahlordnungen für Hochschulen und Akademien, Genossenschaften, Land- und Forstwirtschaft, Bay. Städteverband, Landkreisverband, Wohltätigkeitsorganisationen; Bekanntgabe der Wahlordnungen vom 1.3.1952 (BayBSVI I S. 247): Wahlordnungen für Vertreter des Bay. Gemeindetages; Bekanntgabe der Wahlordnung v. 21.11.1953 (BayBSVI II S. 99): Wahlordnung für die Vertreter der Gewerkschaften mit Änderung vom 5.10.1959 (StAnz. Nr. 42) und Änderung vom 16.7.1963 (StAnz. Nr. 30; Bekanntgabe der Wahlordnung v. 7.12.1955 (BayBSVI II S. 505, BayBSVWV S. 72): Wahl der Vertreter des Handwerks; Bekanntgabe der Wahlordnung v. 17.3.1956 (BayBSVI II S. 586. BayBSVWV S. 73): Wahl der Vertreter der Industrie und des Handels; Bekanntgabe der Wahlordnung v. 4.11.1959 (StAnz. Nr. 46): Wahl der Vertreter der freien Berufe.

3) Dies gilt für die Wahl der Vertreter der Land- und Forstwirtschaft (Art. 1 SenG: Bay. Bauernverband), der Industrie und des Handels (Art. 2 SenG: Industrie- und Handelskammern), des Handwerks (Art. 3 SenG: Handwerkskammern), der Gewerkschaften (Art. 4 SenG: Spitzenorganisationen der Arbeiter, Angestellten, Berufsbeamten), der Genossenschaften (Art. 6 SenG: genossenschaftliche Landesverbände), der Gemeindeverbände (Art. 10 SenG: Bay. Städteverband, Bay. Gemeindetag, Landkreisverband Bayern).

Wahl gebildet werden, sog. Wahlversammlungen, beispielsweise bei der Wahl der Vertreter der Hochschulen und Akademien[1] (2. Berufungstyp). Ein dritter Teil schließlich wird nicht gewählt, sondern "bestimmt" durch die katholischen Bischöfe der Bay. Diözesen, den Evangelischen Landeskirchenrat und den Landesverband der Israelitischen Kultusgemeinde in Bayern (Art. 7 SenG) (3. Berufungstyp). Das Element der Ernennung (Bestimmung) wirkt auch in den 2. Berufungstyp hinein, da die Vorstände der kirchlichen Wohltätigkeitsorganisationen, die bei der Wahl zu einer Wahlversammlung mitwirken, bestellt und nicht gewählt werden (Art. 8 Abs. 2 SenG).
Die einzelnen Wahlordnungen wurden diesen Berufungstypen angepaßt (bzw. fehlen bei dem dritten notwendigerweise ganz). Auf die insgesamt dreizehn Wahlordnungen ist hier im einzelnen nicht einzugehen. Ausreichend erscheint ein kurzer Überblick, um den Wahlcharakter zu verdeutlichen.

Die Modalitäten der Wahl der Senatoren (die eigentlichen Wahlvorgänge) weisen in den verschiedenen Wahlordnungen kaum Unterschiede auf.
Die Wahl ist geheim. Die Wahlberechtigten sind im Regelfall an die Wahlvorschläge nicht gebunden[2]. Unterschiede zeigen sich nur in der Frage, ob eine sog. "stille Wahl" vorgesehen ist oder nicht[3]. Eine Reihe von Organisationen haben von

---

1) Dies gilt insgesamt für die Wahl der Vertreter der freien Berufe (nach Art. 5 SenG wird eine sechzigköpfige Wahlversammlung von den Vorständen der entsprechenden Verbände gewählt), der Wohltätigkeitsorganisationen (Art. 8 Abs. 2 SenG: die Vorstände der Organisationen wählen eine sechzigköpfige Wahlversammlung), der Hochschulen und Akademien (Art. 9 Abs. 2 SenG: Bildung einer Wahlversammlung, in der die Vertreter entsprechend einer vorgegebenen Verteilung bestimmt werden).

2) Eine Ausnahme ist die Wahl der Vertreter der Gewerkschaften, vgl. §10 Abs. 3 der Wahlordnung (BayBSVI II S. 99).

3) Diese Möglichkeit eröffnet Art. 14 Abs. 2 SenG. "Stille Wahl" bedeutet, daß die vorgeschlagenen Bewerber ohne Wahlgang als gewählt gelten, wenn weniger, oder genausoviel vorgeschlagen werden, wie zu wählen sind.

dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht[1]. Gewählt wird entweder von den jeweiligen Körperschaften selbst oder über ein Wahlmännersystem. Danach bestimmen sich auch die unmittelbaren Wahlberechtigungen. Sie liegen einmal bei den Wahlversammlungen (Wahlmänner), zum anderen bei den Organen der jeweiligen Spitzenorganisationen (z. B. beim Vorstand und Beirat der genossenschaftlichen Landesverbände , den Mitgliedern des Hauptausschusses des Bay. Städtetages oder den Präsidenten der Industrie- und Handelskammern[2]).

Insgesamt läßt sich feststellen, daß die Wahlberechtigung niemals bei den Mitgliedern der im Senat vertretenen Körperschaften selbst liegt, sondern in unterschiedlichen Abstufungen von diesen geradezu "wegverlagert" wurde. Diese Abstufungen korrespondieren mit den oben erwähnten drei Berufungstypen. Entweder (Berufungstyp 1) wählen die satzungsmäßigen (also nicht für die Senatorenwahl speziell gewählten) Organe der Körperschaften die Senatoren (so beispielsweise die Landesversammlung des Bay. Bauernverbandes), oder diese Organe wählen (bzw. bestimmen) Wahlmänner, die ihrerseits wiederum die Senatoren wählen (Berufungstyp 2). Erst der Berufungstyp 3 (Religionsgemeinschaften) verzichtet ganz auf eine Wahl.
Von den Mitgliedern der Körperschaften aus gesehen, liegt also entweder eine mittelbare (delegierte) Wahl, eine sozusagen "mittel- mittelbare" Wahl oder, in der krassesten Form, überhaupt keine Wahl vor. Jedenfalls ist der Bezug der Körperschaftsmitglieder zur Senatorenwahl niemals aktuell und di-

---

1) Z. B. Genossenschaften (§9 WahlO für die Vertreter der Genossenschaften) und Wohltätigkeitsorganisationen (§3 WahlO für die Wahl der Vertreter der Wohltätigkeitsorganisationen).

2) Letztere sind allerdings genauso wie die Präsidenten der Handwerkskammern an die Beschlüsse ihrer Vorstände bzw. Präsidien gebunden (§1 der WahlO für die Wahl der Vertreter der Industrie und des Handels; §1 WahlO für die Wahl der Vertreter des Handwerks).

rekt. Er ist vielmehr permanent auf die Organe ihrer Körperschaften und darüber hinaus verlagert.

Rechtliche Voraussetzung für das passive Wahlrecht bzw. die Ernennung der Vertreter der Religionsgemeinschaften ist einmal die Vollendung des 40. Lebensjahres (Art. 36 Abs. 2 SenG); zum anderen muß die Wählbarkeit zum Landtag vorliegen[1]. Außerdem dürfen bestimmte Ämter nicht bekleidet werden (z. B. das Amt des Bundespräsidenten Art. 55 Abs. 1 GG)[2]. Für Beamte, kommunale Wahlbeamte sowie Angestellte des öffentlichen Dienstes bestehen dagegen keine Inkompatibilitäten; Richter treten mit dem Beginn ihrer Mitgliedschaft im Bay. Senat in den Ruhestand[3]. Die Voraussetzung der Auszeichnung durch Rechtlichkeit, Sachkenntnis und Erfahrung ist lediglich als Sollvorschrift ausgestaltet (Art. 36 Abs. 3 BV).

(2.) Die Abberufung der Senatoren

Eine Abberufung von Senatoren gibt es im Normalfall nicht. Dies soll die Unabhängigkeit (Art. 23 SenG) nach außen, auch den Entsendeorganisationen gegenüber, zum Ausdruck bringen. Die Mitgliedschaft endet vielmehr regelmäßig durch Ablauf der Amtszeit. Diese beträgt 6 Jahre, übergreift also zeitlich gerade die Legislativperiode des Landtags (4 Jahre). Im übrigen sind Ungültigkeitserklärung der Wahl, Verlust der Wählbarkeit oder Verzicht Gründe für den Verlust der Mitgliedschaft. Hinzu kommen als weitere Verlustgründe die Annahme bestimmter Ämter und Mandate (z. B. Landtagsmandat (Art. 38 Abs. 1 BV) oder Amt des Bundespräsidenten (Art. 55 Abs. 1 GG)). Eine Aus-

---

1) Vgl. für alle, §6 der WahlO für die Wahl der Vertreter der Genossenschaften und Art. 38 Abs. 1 BV.

2) Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 36, RdNr. 5.

3) Ders., Art. 36, RdNr. 4.

nahme bilden die Vertreter der Religionsgemeinschaften. Sie können abberufen werden, wenn "die Voraussetzungen, unter denen sie bestimmt sind, nicht mehr vorliegen" (Art. 7 Abs. 3 SenG). Dieses Revokationsrecht bestand ursprünglich (Art. 18 Abs. 2 SenG a.F.) auch für die Wohltätigkeitsorganisationen, wurde dort aber abgeschafft[1]. Über den Verlust der Mitgliedschaft beschließt der Senat; im Streitfall kann die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs herbeigeführt werden (Art. 17 Abs. 4 SenG, Art. 41 VerfGerichtshofG).

Zusammenfassend betrachtet, fallen zwei Dinge besonders auf. Einmal wurde das aktive Wahlrecht von den Körperschaftsmitgliedern zu den Organen bzw. Vorständen verlagert. Es ist, anders ausgedrückt, eine Wahl auf "Vorstandsebene" konzipiert worden. Daneben macht die Benennung und Abberufung der Vertreter der Religionsgemeinschaften deutlich, daß weder das Prinzip der Wahl, noch das der Unabhängigkeit der Senatoren gegenüber ihren Entsendeorganisationen konsequent verwirklicht wurde. Der Grund liegt in einer Art Oberanpassung an die vorgegebenen Strukturen der als wahlfähig erkannten Verbände. Gerade für die Religionsvertreter wird dies deutlich. Deren Sonderstellung wird mit Hinweis auf ihr innerkirchliches Organisationsrecht (Art.142 Abs.3 BV) begründet[2], obwohl das Amt des Senators kein kirchliches Amt ist, und darüberhinaus den Kirchen Wahlen heute prinzipiell nicht mehr unbekannt sind (vgl. Pfarrgemeinderatswahlen).

Insgesamt zeigt sich hier die Schwierigkeit, von verbandlicher Besonderheit reibungslos zur staatlichen Mitwirkung überzugehen. Dieses Problem wird später noch in den Vordergrund unserer Betrachtungen rücken.

---

1) Ders., Art. 36, RdNr. 5.

2) Ebenda.

Zwischenergebnis

Im Bay. Senat sind die in Bayern mit der Reichsrätekammer und dem übrigen Deutschland mit Volkswirtschaftsrat und Reichswirtschaftsrat gemachten Erfahrungen aufgenommen und weiterverarbeitet worden. Als Ausgangspunkt konnte das ständestaatliche Gedankengut des beginnenden Parlamentarismus in Bayern am Anfang des 19. Jahrhunderts ausgemacht werden. Die Reichsrätekammer der Bay. Verfassung von 1818 verdankt ihr Zustandekommen dem konsequenten Zurückdrängen des Gleichheitsgedankens französischen Ursprungs und der Reaktivierung ständischen und hier vor allem adeligen Selbstbewußtseins im restaurativen Europa nach dem Wiener Kongress[1]. Das spätere Aufkommen egalitär-demokratischer Ideen mußte für diese zeitgebundene Konzeption der Ständekammer zwangsläufig zu Spannungen und letztlich zu einem Umbruch führen. Die Reformvorstellungen deuteten den Weg des Wandels bereits an. Dem Ständegedanken sollte durch die Erweiterung der Mitgliederbasis demokratisches Gedankengut inkorporiert werden. Dies erzwang die Integration aller geistig und wirtschaftlich Tätigen in einer derartigen Kammer in Ergänzung bzw. Ersetzung der althergebrachten Stände[2], letztlich also den Übergang zum Berufsständesystem[3]. Die vollständige Verdrängung altständischer Elemente gewann nach dem ersten Weltkrieg mit Abschaffung der Monarchie die Oberhand. Lediglich die Wandelung von althergebrachter ständischer Präsenz zu gesellschaftlicher Interessenvertretung, wie sie im Reichswirtschaftsrat, unter starker Beteiligung der Berufsstände, vollzogen wurde erschien vorbehaltlich minimaler, hauptsächlich beratender Rechte akzeptabel. Das volksgewählte Parlament hatte seinen klaren verfassungsrechtlichen Sieg errungen. Versäumt wurde darüber indes, das Spannungsverhältnis zwischen Interessenvertretung

---

1) Mayer-Tasch, S. 19f. weist auf den Einfluß der politischen Romantik hin.

2) Vgl. zu dem im Schrifttum vorbereiteten Verständniswechsel: Herrfahrdt, S. 52f.

3) Mayer-Tasch, S. 21.

der gesellschaftlichen Gruppen im Staat auf der einen und dem egalitär-demokratischen Ansatz (der Weimarer Verfassung) auf der anderen genauer zu klären, obwohl sich dies durch die Einführung des Reichswirtschaftsrates aufgedrängt hätte. Dieser nicht verarbeiteten Ambivalenz sahen sich die Bayerischen Verfassungsgeber bei der Schaffung des Bay. Senates nach wie vor konfrontiert. Im Vordergrund der Verfassungsberatungen standen zwar praktische Erwägungen. So hatte man mit Blick auf das parlamentarische System der Weimarer Zeit beruhigende und bewahrende Effekte im Auge. Und doch entstand, wie noch näher zu zeigen sein wird, ein brauchbarer Versuch zur Lösung der Problematik. Die Bausteine, die für diese Konzeption Verwendung finden, bestehen aus einer Neukomposition der vorhandenen historischen Bruchstücke. Das Begutachtungsrecht wurde in Anlehnung an den Reichswirtschaftsrat zur Hauptaufgabe gemacht[1]. Das Einwendungs- und Gesetzesinitiativrecht geht in seiner Wirkung weit über Volkswirtschafts- oder Reichswirtschaftsrat hinaus, mit der Stellung der Reichsrätekammer von 1818 ist er jedoch in bezug auf die Mitentscheidung im Gesetzgebungsverfahren kaum zu messen. Der Senat nimmt hier also eine Zwischenstellung ein. Hinsichtlich Zusammensetzung und Berufung der Senatoren finden sich Parallelen zu den Reformmodellen der Reichsrätekammer, aber vor allem zum Reichswirtschaftsrat. Die Wahl durch die Interessengruppen wurde gegenüber der freien Ernennung durch die Exekutive (lebenslängliche Reichsräte) oder einem Präsentationswahlsystem (Volkswirtschaftsrat) vom Reichswirtschaftsrat übernommen. Dies verband sich mit dem gleichzeitigen Willen zur Weiterentwicklung. Die paritätische Besetzung mit Arbeitnehmern und Arbeitgebern etwa wurde aufgegeben, außerdem die Wahl ausnahmslos in die Hände der wahlberechtigten Verbände gelegt.

Aus dem allem ergibt sich, daß der Bay. Senat kein völliger Neubeginn ist, sondern, ähnlich wie er seine Existenz überhaupt einem Kompromiß der Parteien verdankt, inhaltlich einen Kompromiß der historischen Erfahrungswerte darstellt.

---

1) Fördernd wirkte sich dabei aus, daß die bayerische Geschichte einen beratenden Staatsrat kannte, der ab 1817 tätig war. Auch hier sind gedankliche Verbindungen nachweisbar, vgl. Schmitt-Lermann, S. 290-292.

3. Die Arbeitsweise

(1.) Die Arbeitsbereiche im Überblick

Die normative Konzeption und die geschichtlichen Bezüge des Senates, so wie sie bisher überblicksmäßig dargestellt wurden, können nur zu einem Teil seine heutige Bedeutung erfassen. Der fehlende Teil ergibt sich aus der Senatsarbeit selbst. Erst die Gegenüberstellung von vorhandenem Verfassungssystem und bestehender Praxis zeigte die tatsächliche Gewichtung, die den unterschiedlichen Tätigkeiten in der Realität zukommt. Ob etwa Gutachten, Gesetzesinitiativen oder Einwendungen die Senatstätigkeit prägen, sagt wesentliches über seine Rolle im Gefüge der Verfassungsorgane aus. Gesicherte rechtliche Überlegungen bedürfen daher einer derartigen tatsächlichen Grundlage.
Eine wichtige Hilfe sind hier statistische Angaben, denn sie vermögen Entwicklungen und Schwerpunktbildungen besonders gut im Überblick darzustellen und sind wichtige Faktoren bei der Funktionserfassung des Bay. Senates.

Einleitend sollen die absoluten Zahlen der wichtigsten Funktionen des Bay. Senats nebeneinander gestellt werden. Es wird dabei der Zeitraum von 1948 - 1980 betrachtet[1]:

Gutachten (Art. 40 BV)	: 526
davon zu Gesetzesentwürfen aus der Mitte des Landtages	: 198
Einwendungen (Art. 41 BV)	: 138
Initiativgesetzentwürfe (Art. 39 BV)	: 43
Anträge nach §22 Abs. 2 GeschO	: 280

Diese absoluten Zahlen sagen indes nur grob etwas über die Gewichtung der einzelnen Tätigkeiten aus. Daher ist eine weitere

---

1) Quelle: statistische Aufstellungen des Senatsamtes.

Aufgliederung erforderlich[1].

- Gutachten nach Art. 40 BV in den Jahren 1948 - 1977[2]

Aufstellung 1:

von	bis (einschließlich)	Durchschnitt pro Jahr
1948	1959	8,2
1958	1967	12,1
1968	1977	25,9

Problematisch für die Abgabe sinnvoller Gutachten erscheint die Praxis der gleichzeitigen Zuleitung der Regierungsentwürfe an den Landtag und den Senat. Die Häufigkeit dieses Vorgehens belegt beispielhaft die folgende Aufstellung für die Jahre 1970 - 1981:

Aufstellung 2[3]:

Tagung	relevante Vorlagen[4]	davon gleichzeitig (≙ %)	
1970	22	18	(81,8)
1971	17	10	(58,8)
1972	13	12	(92,3)
1973	20	12	(60,0)
1974	15	14	(93,3)
1975	10	8	(80,0)
1976	9	4	(44,4)
1977	20	13	(65,0)
1978	12	8	(66,6)
1979	9	7	(77,7)
1980	11	7	(63,6)
1981	12	9	(75,0)

---

1) Quelle: statistische Erhebungen des Senatsamtes

2) Um die Aussagekraft des statistischen Materials zu erhöhen, sind die durchschnittlich pro Jahr erstatteten Gutachten dargestellt worden. Dadurch werden kurzfristige Schwankungen ausgeglichen, und es kommt die Langzeitentwicklung besser zur Geltung.

3) Die untersuchten Vorlagen wurden dabei nicht nach ihrem Zugang beim Senat, sondern, den senatseigenen Statistiken folgend, den Tagungen in den einzelnen Jahren zugeordnet.

4) Berücksichtigt wurden nur Gesetzentwürfe der Regierung.

Damit waren durchschnittlich in dem oben untersuchten Zeitraum 71,5 % der relevanten Vorlagen der Staatsregierung gleichzeitig Vorlagen zum Senat und zum Landtag.

- Einwendungen nach Art. 41 BV in den Jahren 1948 - 1977[1)]
Aufstellung 3:

von	bis (einschließlich)	Durchschnitt pro Jahr
1949	1957	8,8
1958	1967	3,1
1968	1977	1,7

Die Dringlichkeitserklärung der zwecks Einwendung vom Landtag vorgelegten Gesetze verkürzt die Verweildauer des Gesetzes beim Senat. Die Häufigkeit dieses Verfahrens wurde in den Jahren 1948 - 1977 untersucht.
(Behandlung wie oben)

Aufstellung 4:

von	bis (einschließlich)	Durchschnitt pro Jahr
1948	1957	18,6
1958	1967	9,3
1968	1977	11,8

- Initiativgesetzentwürfe nach Art. 39 BV in den Jahren 1948 - 1977
(Behandlung wie oben)

Aufstellung 5:

von	bis (einschließlich)	Durchschnitt pro Jahr
1948	1957	1,1
1958	1967	1,2
1968	1977	0,9

---

1) Es wurde dasselbe Verfahren angewandt wie S. 44, FN 2 beschrieben.

- Anträge nach § 22 Abs. 2 GeschO in den Jahren 1948 - 1977 (Behandlung wie oben)

Aufstellung 6:

von	bis (einschließlich)	Durchschnitt pro Jahr
1948	1957	14,4 (ohne 1948-1950 : 3,9)
1958	1967	0,8
1968	1977	7,0

Zur Ergänzung sollen noch die Beziehungen der Gutachten zu den Einwendungen statistisch untersucht werden. Hier interessiert vor allem, inwieweit die Erhebung von Einwendungen von vorherigen Gutachten abhängig ist. Dazu wurden beispielhaft die Einwendungen der Jahre 1970 - 1980 daraufhin untersucht, ob ihnen Gutachten vorausgingen und wenn ja, warum dann noch Einwendungen erhoben wurden.

Aufstellung 7:

Gutachten Art. 40 BV 1970 - 1980 insgesamt	: 273
Einwendungen Art. 41 BV 1970 - 1980 insgesamt	: 17
davon Einwendungen zu schon begutachteten Gesetzen	: 11

Zwischenergebnis:

- Zu 95,97 % der schon begutachteten Gesetze ergingen später keine Einwendungen.
- Von den insgesamt vorliegenden Einwendungen ergingen 64,7 % zu bereits begutachteten Gesetzentwürfen.

Gründe, die zu den Einwendungen trotz Gutachtens geführt haben[1]:

---

1) Ermittelt nach den Senatsunterlagen. Die jeweils angeführten Gründe des Senats orientieren sich an den subjektiven Meinungsäußerungen der Senatoren in den Ausschüssen und im Plenum.

- In 7 Fällen wurde dem Senatsgutachten (teilweise) nicht Rechnung getragen.
- In einem Fall wurde eine neue Vorschrift in den Gesetzentwurf eingefügt, die im Gutachten noch nicht berücksichtigt werden konnte.
- In drei Fällen war sowohl dem Senatsgutachten teilweise nicht Rechnung getragen worden, als auch neue Vorschriften eingefügt wurden.

Auswertung der Statistiken

Schon die Gegenüberstellung der absoluten Zahlen zeigt, daß die Gutachten eine quantitativ bevorzugte Stellung im Rahmen der Tätigkeiten des Bay. Senates einnehmen. Sie überwiegen allein die Einwendungen und Initiativgesetzentwürfe um fast das Dreifache. Die Gesetzesinitiativen sind zahlenmäßig bedeutungslos, während das Antragsrecht nach § 22 Abs. 2 GeschO demgegenüber relativ häufig ausgeübt wird. Die folgenden Aufstellungen zeigen die Entwicklung der verschiedenen Senatsrechte, bzw. ihr Verhältnis zueinander. Aufstellung 1 macht deutlich, daß die Gutachten trotz der verstärkten gleichzeitigen Zuleitung an Senat und Landtag (Aufstellung 2) im Laufe der Zeit an Bedeutung gewonnen haben, während die Einwendungen (Aufstellung 3) zahlenmäßig gesehen im gleichen Zeitraum zurückgingen. Dies weist bereits auf eine Verbindung zwischen der Zunahme der Gutachten und der Abnahme der Einwendungen hin. Das erhärtet sich dadurch, daß andere statistisch erfaßbare Einflüsse für den Rückgang der Einwendungen nicht auszumachen waren. In Frage wäre hier vor allem die Praxis der Dringlicherklärung von Gesetzen gekommen, die nach Art. 41 Abs. 2 S. 2 BV die Frist für Einwendungen von einem Monat auf nur eine Woche verkürzt.
Es lag auf der Hand, daran zu denken, daß durch einen so erzeugten Zeitdruck die Bereitschaft, Einwendungen zu erheben, sinken könnte.
Aufstellung 4 zeigt indes, daß eine mit der Abnahme der Einwendungen parallel laufende Zunahme der Dringlicherklärungen

nicht beobachtet werden kann, vielmehr unregelmäßige Schwankungen festzustellen sind, hier die Ursachen also nicht liegen.

Positiv ließ sich am Zeitraum 1970 - 1980 (Aufstellung 7) zeigen[1], daß die Erhebung der Einwendungen von Erfolg oder Mißerfolg des vorangegangenen Gutachtens beeinflußt werden. Die Zahlen alleine sind dabei kaum aussagekräftig. Erst die zusätzlich ermittelten Gründe für die Erhebung von Einwendungen verdeutlichen, daß die Wirkung der Gutachten im weiteren Gesetzgebungsverfahren entscheidend war. Entweder wurde die vollkommene Nichtbeachtung der Gutachten bemängelt, oder ihre Wirkungslosigkeit infolge der Einfügungen neuer Vorschriften in den Gesetzentwurf im Rahmen der Beratungen im Landtag. In beiden Fällen war es dem Senat versagt geblieben, über das Gutachten Einfluß auf das Gesetz zu nehmen. Dies trat als Beweggrund für die Einwendungen auch jeweils eindeutig zutage[2].

Fraglich bleibt der Grad dieser Beeinflussung insgesamt, denn die vorliegende Aufstellung behandelt nicht direkt die Frage, ob Einwendungen wegen erfolgreicher Gutachten unterbleiben, sondern nur, ob sie wegen erfolgloser Gutachten eingelegt werden. Die bisherigen Untersuchungen lassen aber den Umkehrschluß zu, daß bei erfolgreichen Gutachten und ohne Abänderung des Gesetzentwurfs im Landtag Einwendungen im Regelfall nicht erhoben werden. Was sollte mit einer solchen Einwendung noch erreicht werden? Das wesentliche Motiv für Einwendungen trotz vorangegangenen Gutachtens war gerade die Erfolglosigkeit desselben; im Erfolgsfalle fiele dieser Grund weg und ließe sich nur in seltenen Ausnahmefällen durch einen anderen ersetzen[3]. Im Ergebnis läßt sich eine grundsätzliche Verbin-

---

1) Die Zahlen ändern sich aber auch bei einem größeren Zeitraum nicht.

2) Vgl. z. B.: 9. Sitzung des Bay. Senats v. 18.6.1970, Sten. Ber. Nr. 9, S. 164 (Dittrich); gemeinsame 18. Sitzung des Ausschusses für Kulturpolitik, Rechts- und Verfassungsausschuß, Finanz- und Haushaltsausschuß v. 13.7.1972, Sten. Ber. S. 1ff (Arneth, Roth); 4. Sitzung des Bay. Senats v. 1.3.1973, Sten. Ber. Nr. 4, S. 86ff (Urschlechter); 9. Sitzung des Bay. Senats v. 14.7.1977, Sten. Ber. Nr. 9, S. 170 (Weiß).

3) Denkbar wäre etwa eine grundlegende Änderung der einem Gesetz zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse, z. B. plötzlich sich ergebende fehlende Finanzierbarkeit etc..

dung zwischen dem Schicksal des Gutachtens und der Entscheidung, Einwendungen zu erheben, mit hoher Wahrscheinlichkeit feststellen.

Die Initiativgesetzentwürfe, das zeigt Aufstellung 5, waren von Anfang an zahlenmäßig gering und sind über die Jahrzehnte im wesentlichen gleich niedrig geblieben. Demgegenüber unterlagen die Anträge nach § 22 Abs. 2 GeschO starken Schwankungen. Vor allem in neuerer Zeit ist dieser Arbeitsbereich nach einer Periode der Zurückhaltung wieder stärker zur Geltung gekommen.

Insgesamt läßt sich festhalten:
Die quantitative Hauptarbeit des Senats wird bei den Gutachten geleistet, während alle anderen Rechte mehr oder weniger ein "Schattendasein" führen. Diese quantitative Zunahme der Gutachtenstätigkeit hat auch die Praxis der gleichzeitigen Zuleitung des Regierungsentwurfes an Landtag und Senat nicht aufhalten können. Die Senatsarbeit zeigt die Tendenz, die formal ausgestatteten Rechte (Initiativrecht, Einwendungsrecht) zugunsten der beratenden Tätigkeiten i. w. S. (Gutachten, Anregungen) zurücktreten zu lassen: Oder anders ausgedrückt, konfliktträchtige Tätigkeiten werden zugunsten kooperativer verlassen.

(2.) Die Kerntätigkeitsbereiche im einzelnen

Im folgenden soll die qualitative Bewertung der Arbeit des Bay. Senats im Vordergrund stehen, also die Frage nach den Wirkungen der einzelnen Tätigkeitsbereiche und ihres Zusammenspiels untereinander. Es geht um die Frage nach dem Einfluß, dem Gewicht des Senates.
Dieser Frage kann auf zwei Wegen nachgegangen werden. Entweder müßten die Tätigkeitsbereiche in großen Zeitabschnitten an Hand der einzelnen Gutachten, Einwendungen etc. auf ihren individuellen Einfluß untersucht werden, um daraus ein

Gesamtbild zusammenzusetzen. Dies erscheint jedoch schon praktisch kaum durchführbar, wenn man nur an die über 500 Gutachten denkt, die der Senat bis jetzt erstattet hat; außerdem hieße dies, letztlich auf der Ebene statistischer Ermittlung zu verharren. Der andere, nachfolgend eingeschlagene Weg besteht darin, das von der Bay. Verfassung (BV), dem Senatsgesetz(SenG) und der Geschäftsordnung (GeschO) vorgesehene Verfahren als "normativen Idealtypus" zum Ausgangspunkt zu wählen und diesem Modell die Abweichungen in der Praxis gegenüberzustellen. Dabei stützt sich die Untersuchung im wesentlichen darauf, wichtige und interessante Einzelfälle beispielhaft herauszugreifen; insbesondere sollen längsschnittartig verschiedene Einzelverfahren detailliert dargestellt werden, um einen vertieften Einblick in die praktische Tätigkeit zu erreichen und daraus Rückschlüsse auf die Qualität der Senatsarbeit zu gewinnen.

a) Die Gutachtenstätigkeit

aa) "Idealtypus" und Besonderheiten

Das idealtypisierte Gutachtensverfahren ergibt sich hauptsächlich aus Art. 40 BV und der Geschäftsordnung. Die Vorschriften gehen von der im modernen parlamentarischen Regierungssystem typischen Konstellation aus, daß die Gesetzentwürfe zumeist von der (sachkundigen) Exekutive ausgearbeitet werden. Daher steht am Beginn des Verfahrensganges auch das Ersuchen der Staatsregierung an den Senat um Begutachtung eines Gesetzentwurfes[1].
Dieser Entwurf wird durch den Senatspräsidenten zur Vorbe-

---

1) Z. B. Sen-Drs. 116/78.

behandlung den zuständigen Ausschüssen zugeleitet[1]. Die jeweiligen Berichterstatter fassen die dortigen Beratungen und ihr Ergebnis[2] zusammen und tragen dies in der Vollversammlung vor. Nach der Aussprache im Plenum erfolgt die Abstimmung über das Gutachten[3]. Bei positivem Beschluß wird es der Staatsregierung zugeleitet, die den gegebenenfalls geänderten Gesetzentwurf dem Landtag zur Beratung weiterleitet. Zur Weitergabe des Senatsgutachtens selbst ist sie hingegen von Verfassungs wegen nicht verpflichtet[4]. Damit endet die Vorbereitungsphase eines Gesetzentwurfs und daher auch der in der Verfassung vorgesehene Wirkungskreis der Senatsgutachten[5].

---

1) Derzeit hat der Senat acht ständige Ausschüsse, den Wahlprüfungs-, Finanz-, Haushalts-, Rechts- und Verfassungs-, Wirtschafts- und Bauausschuß, sowie den Ausschuß für Sozial-, Gesundheits- und Familienpolitik (§33 Abs. 2 S. 1 GeschO des Senats). In schwierigen Fragen haben diese Ausschüsse das Recht Unterausschüsse zu bilden (§33 Abs. 3 GeschO). Der Rechts- und Verfassungsausschuß hat insofern eine herausragende Stellung,als ihm alle Gesetzesvorlagen zur Prüfung vorgelegt werden müssen (§21 Abs. 2 GeschO). Die von den Vorsitzenden der Ausschüsse bestimmten Berichterstatter (und gegebenfalls Mitberichterstatter - §34 Abs. 6 GeschO-) bereiten den Beratungsgegenstand für die Ausschußsitzungen vor. Diese sind öffentlich (§36 Abs. 1 S. 1 GeschO), Beschlußfähigkeit liegt bei Anwesenheit der Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses vor, für die Abstimmung genügt einfache Stimmenmehrheit (§34 Abs. 2 und 3 GeschO). Vorher werden die Probleme unter Teilnahme von Vertretern der Staatsregierung diskutiert. Letztere haben zwar kein Stimmrecht, müssen aber jederzeit auch außerhalb der Tagesordnung gehört werden (§69 Abs. 1 GeschO).

2) Regelmäßig handelt es sich um einen vollständig ausgearbeiteten Gutachtensentwurf, der normalerweise ohne Änderungen vom Plenum übernommen wird.

3) Ausreichend ist einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§55 Abs. 1 GeschO). Beschlußfähigkeit liegt vor, wenn die Mehrheit der Senatoren anwesend ist (§52 GeschO). Nur in Ausnahmefällen kommt es noch zu Anträgen, den Beratungsgegenstand an die Ausschüsse zurückzuverweisen (vgl. z. B. Sitzung v. 19.2.1960 Sten. Ber. Nr. 5, S. 119; dieser Antrag wurde nach der Debatte sogar zurückgezogen).

4) Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 40 RdNr. 3; dies wird aber ausnahmslos praktiziert.

5) Daß idealtypisch gesehen das Begutachtungsverfahren der Beratung im Landtag vorgelagert sein muß, ergibt sich daraus, daß das Gutachten zu "Gesetzesvorlagen der Staatsregierung" zu erstatten ist (Art. 40 BV). Diese ist aber nur in der Lage, davon Gebrauch zu machen, wenn der Gesetzentwurf sich noch bei ihr in der Ausarbeitung befindet. Andernfalls wäre das Gutachten für die Staatsregierung wertlos, da sie während der Landtagsberatungen rechtlich nicht mehr "Herrin des Verfahrens" ist und auf politischen Einfluß beschränkt bleibt (vgl. Schweiger in N/L/Sch/Z Art. 40, RdNr. 5 zu den obligatorischen Gutachten; dies gilt aber uneingeschränkt auch für die fakultativen).

Besonderheiten in der Gutachtenspraxis

Dem Begutachtungsverfahren werden nicht nur Gesetzentwürfe der Regierung, sondern auch solche aus der Mitte des Landtags auf Ersuchen der Staatsregierung unterworfen. Dieses besondere Verfahren hat einen nicht unbeachtlichen Umfang erreicht und wird etwa seit 1958 auf Initiative des damaligen Senatspräsidenten Singer durchgeführt, gestützt auf eine Vereinbarung zwischen Regierung, Landtag und Senat[1]. Dabei ändert sich das normale Verfahren wie folgt:
Gesetzesvorlagen der Abgeordneten oder Fraktionen werden dem Ministerpräsidenten schon nach ihrer Einreichung beim Landtag, nicht erst nach der ersten Lesung zugeleitet. Es erfolgt dann die Prüfung durch den Ministerpräsidenten, ob Vorlage zur Begutachtung erfolgen soll oder nicht. Nach einem Übereinkommen zwischen Landtag und Regierung wartet der Landtag sechs Wochen mit seinen Beratungen und setzt diese erst fort, falls bis dahin durch die Staatsregierung kein Senatsgutachten angefordert wurde. Wenn ein solches erstattet wird, leitet die Staatsregierung dieses dem Landtag (u. U. mit einer Stellungnahme) zu, der seinerseits bis zum Eintreffen des Senatsgutachtens die Beratungen ausgesetzt hat[2]. Das eigentliche Begutachtungsverfahren innerhalb des Senats erfährt dadurch aber keine Änderung, da nach dem Ersuchen der Staatsregierung das vorstehend geschilderte Procedere prinzipiell unberührt bleibt. Eine Ausnahme ergibt sich daraus, daß der Senat im Gegensatz zu den sonstigen Gutachtensersuchen zur Gutachtenserstellung nicht verpflichtet ist, also ein eigenes Ermessen besitzt. Es gibt keine Normen[3], die eine Pflicht zur Begutachtung vorsehen.

---

1) Wilhelm, S. 118; vgl. auch Schreiben des Bay. Ministerpräsidenten an den Senat v. 3.3.1982, Aktenzeichen, B III 3-4220-1-31.

2) Wilhelm, S. 118. Dieses Verfahren wird, von wenigen Ausnahmen abgesehen, auch wie beschrieben eingehalten. Wenn allerdings der Landtag weiterberät, wird das Senatsgutachten sinnlos. Dann sieht man im Einverständnis mit der Staatsregierung von einer Begutachtung ab. So geschehen beim Entwurf eines Gesetzes über die Finanzierung des Schulbedarfs der öffentlichen Gymnasien und Realschulen, Landtags-Drs. 9/9251, vgl. Schriftwechsel zwischen Senat und Bay. Ministerpräsidenten: Schreiben des Senats vom 4.2.1982 TgbNr. 93/82 und Antwort des Bay. Ministerpräsidenten v. 3.3.82 AZ: B III 3-4220-1-31.

3) Wilhelm, S. 123.

Eine Änderung erfährt außerdem die Zielrichtung der Gutachten. Diese werden zwar formaliter noch der Staatsregierung gegenüber erstattet, die auch über die Anforderung beim Senat entscheidet, materiell ist aber der Landtag der wirkliche Adressat. Wie im Fall des Art. 40 BV die Staatsregierung, so ist nun der Landtag der Initiator des Gesetzentwurfs. Die Erstattung des Gutachtens an die Staatsregierung, die nicht Herrin des Verfahrens ist, ginge materiell ins Leere[1].

Weitere Besonderheiten ergeben sich aus der Praxis der Staatsregierung, ihre Gesetzentwürfe gleichzeitig dem Senat und dem Landtag zur weiteren Behandlung zuzuleiten. Dieses Verfahren wird seit langem angewandt. So gehen die Beschwerden des Senats über diese Praxis weit zurück[2]. Es fehlt gleichzeitig nicht an Entschuldigungen der Staatsregierung, die regelmäßig mit der Beteuerung verbunden sind, dieses Vorgehen zu ändern[3]. Dabei wirkt verschärfend, daß die gleichzeitige Zuleitung nicht nur bei fakultativen, sondern sogar bei obligatorischen Gutachten praktiziert wird[4]. Diese erschwerende Tatsache wird oft von der Kommentarliteratur nicht ausreichend beachtet[5]. Neuerdings versucht der Senat, das Problem durch Ver-

---

1) Teilweise werden die beiden Gutachtensformen auch dergestalt kombiniert, daß neben einer Begutachtung der Regierungsvorlage zusätzlich ein Gutachten zu einem parallel eingebrachten Initiativgesetzentwurf aus der Mitte des Landtags angefordert wird. In der Praxis handelt es sich dabei häufig nur um Ergänzungsgesetzentwürfe einzelner Abgeordneter oder der Oppositionsfraktion, über die dann im Senat mitberaten wird. Es steht aber dann immer der Gesetzentwurf der Regierung im Vordergrund.

2) Z. B. Sitzung vom 30.10.1963, Sten. Ber. Nr. 21, S. 593 (List); Sitzung vom 15.6.1966, Sten. Ber. Nr. 10, S. 228 (Meinzolt); Sitzung vom 18.6.1974, Sten. Ber. Nr. 11, S. 176ff (Schumann); Sitzung vom 27.6.1974, Sten. Ber. Nr. 9, S. 145 (Hauptmann); Sitzung vom 18.7.1978, Sten. Ber. Nr. 9, S. 1 122/123 (Schumann).

3) Vgl. z. B. Staatsminister Maier in der Sitzung vom 18.7.1974, Sten. Ber. Nr. 11, S. 182.

4) Vgl. z. B. Haushaltsgesetz 1981/82, Landtags-Drs. 9/7495.

5) Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 40, RdNr. 2; dort wird von der Möglichkeit der gleichzeitigen Zuleitung nur bei fakultativen Gutachten gesprochen.

einbarungen mit der Staatsregierung[1] zu bewältigen. Die bisherigen Erfahrungen zeigen jedoch, daß Versprechungen der Staatsregierung auf diesem Gebiet meist an Terminschwierigkeiten im Gesetzgebungsverfahren scheitern[2] und auch vom Landtag, von einer bekannten Ausnahme abgesehen[3], in dieser Richtung keine Hilfe zu erwarten ist.

Aus dieser Praxis ergeben sich einige wichtige Veränderungen. Mit Zuleitung des Gesetzentwurfs an den Landtag ist die Staatsregierung nicht mehr Herrin des Verfahrens und ist darauf angewiesen, daß die gutachtlichen Vorschläge des Senates von den Abgeordneten eingearbeitet werden[4].
Nicht die Staatsregierung, sondern das Parlament ist also der eigentliche materielle Adressat der Gutachten, wenn dieses auch rein formal an die Staatsregierung gerichtet ist. Nur der Landtag kann das Gutachten noch verwerten, und ausschließlich dort kann es noch eine Wirkung innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens erzielen. Die Staatsregierung vermag allenfalls noch durch Stellungnahmen[5], also mittels sachlicher Aussagen, auf das parlamentarische Verfahren Einfluß zu gewinnen, denn des direkten Einflusses auf das Gesetzeswerk hat sie sich bereits begeben[6].

---

1) Bay. Staatszeitung Nr. 17 vom 30.4.1982, S. 6: "Dr. Weiß: Senat stärker ins Bewußtsein rufen".

2) Vgl. z. B. Staatsminister Maier in der Sitzung vom 12.5.1977, Sten. Ber. Nr. 6, S. 120 (anläßlich des Verfahrens zur Änderung des Lehrerbildungsgesetzes).

3) Erwähnt in der Sitzung vom 16.5.1962, Sten. Ber. Nr. 6, S. 136 (Aub); Zurückverweisung eines Gesetzentwurfs durch den Landtag wegen fehlenden Senatsgutachtens.

4) Sitzung vom 18.7.1978, Sten. Ber. Nr. 9, S. 123 (Schumann).

5) Z. B. Stellungnahme der Staatsregierung vom Bay. Datenschutzgesetz, Sen.-Drs. 264/77.

6) Unbenommen bleibt ihr allerdings der (Partei-)Einfluß auf die Lantagsmehrheit.

An dem Begutachtungsverfahren ändert sich durch die gleichzeitige Zuleitung nichts; insoweit kann auf das oben dargelegte Verfahren Bezug genommen werden. Allerdings kann der Senat nunmehr unter einem Zeitdruck stehen, den die Bay. Verfassung ansonsten für das Gutachtensverfahren nicht kennt, denn das Gutachten soll seiner Konzeption nach in die Vorbereitungsphase des Gesetzentwurfes bei der Staatsregierung fallen.

Dieser Zeitdruck ergibt sich daraus, daß das Senatsgutachten permanent an Bedeutung verliert, je länger die Beratungen im Senat dauern. Dies tritt jedenfalls dann ein, wenn - wie sehr oft - der Landtag schon gleichzeitig mit den Beratungen beginnt. Wenn das Senatsgutachten dann noch Beachtung finden will, so muß es rechtzeitig fertiggestellt sein, um noch in den Ausschüssen des Landtags mitberaten werden zu können, wo bekanntlich ein wesentlicher Teil der parlamentarischen Arbeit geleistet wird. Der Landtag verfolgt aber seine eigene, oft von Zeitdruck geprägte Terminplanung[1], die auf den Senat nur bedingt Rücksicht nehmen kann oder will. Dies führt zwangsläufig zu einer starken Bindung der Terminplanung des Senats an diejenige des Landtags. Das wirkt sich vorallem auch auf die Arbeit der Senatsausschüsse aus[2]. Trotz des Bemühens des Senats, sich dem Landtag anzupassen, ist das Senatsgutachten gelegentlich erst fertiggestellt, wenn schon einer oder mehrere Ausschüsse des Landtags beraten haben[3].

---

1) So sollte etwa das neue Polizeiaufgabengesetz 1978 noch vor Ende der Legislaturperiode verabschiedet werden.

2) Vgl. zum Bay. Lehrerbildungsgesetz: Sitzung vom 18.7.1974, Sten. Ber. Nr. 11, S. 176.

3) Vgl. z. B. die Beratungen zum Polizeiaufgabengesetz 1978; weniger gravierend beim Bay. Datenschutzgesetz, wo zwar die erste Lesung des Gesetzes im Landtag vor der gutachtlichen Stellungnahme erfolgte, die Ausschußsitzungen aber später abgehalten wurden; gravierend jedoch, wenn das Gutachten erst vor der dritten Lesung im Landtag zu erwarten ist (vgl. drittes Gesetz zur Änderung des Landesstraf- und Verordnungsgesetzes im Jahre 1966, dazu Sitzung des Bay. Senats vom 15.6.1966, Sten. Ber. Nr. 10, S. 228 (Meinzolt).

Die Problematik verschärft sich, wenn durch wesentliche Änderungen des Gesetzentwurfs in den Landtagsausschüssen der Senat schließlich zu einem Gesetzentwurf Stellung nimmt, der substantiell gar nicht mehr vorhanden ist; solche Gutachten gehen selbstverständlich ins Leere[1].
Als Folgeerscheinung dieser terminlichen Belastung ist dabei auch zu beobachten, wie der Druck auf die Senatoren über informelle Informationswege verschärft wird. So berichtet etwa Senator Schumann , daß bei den Beratungen zum Bay. Lehrerbildungsgesetz 1974 "Spähtrupps" des Landtags versucht hätten, die gutachtlichen Stellungnahmen vor der Verabschiedung im Senatsplenum zu erhalten, und daß dadurch eine Art "Geheimpapier" kursiert sei[2].

bb) Fallbeispiele

Das Fallbeispiel des Polizeiaufgabengesetzes (PAG) v. 24.08.1978 (Bay. Gesetz- und Verordnungsblatt S. 561ff)

Das nachstehend aufgezeigte Begutachtungsverfahren mit Verbindungen zum weiteren Gesetzgebungsverfahren ist aus der Praxis der gutachtlichen Tätigkeit des Senats herausgegriffen worden, weil es typische Arbeitsweisen veranschaulichen kann. Es liegt kein "idealisierter" Fall vor, vielmehr soll das Beispiel Einblicke in die reale Arbeitsweise des Senats ermöglichen. Dazu ist es erforderlich, die wesentlichen Details des Verfahrens und der Beratungen aufzuzeigen.

Neue Polizeiaufgabengesetze in den Ländern und deren bundesweite Vereinheitlichung waren durch einen Musterentwurf der Innen-

---

1) Siehe Beratungen zum Bay. Lehrerbildungsgesetz 1974, Sitzung v. 27.6.1974, Sten. Ber. Nr. 9, S. 145 (Hauptmann1).

2) Sitzung vom 18.7.1974, Sten. Ber. Nr. 11, S. 178 (Schumann).

ministerkonferenz bundesweit vorbereitet worden[1]. Am 5. Mai 1978 legte die Bay. Staatsregierung als erstes Bundesland einen Gesetzentwurf sowohl dem Senat als auch gleichzeitig dem Landtag vor, der weitgehend an den Musterentwurf angelehnt war[2].

Das Gesetzgebungsverfahren

Durch die Gleichzeitigkeit der Zuleitung an den Senat und an den Landtag ergab sich eine weitgehende zeitliche Parallelität der Beratungen.

Die Beratungen des Bay. Senats

Die Vorlage der Staatsregierung wurde vom Präsidenten des Bay. Senats gemäß § 21 der Geschäftsordnung dem zuständigen Rechts- und Verfassungsausschuß (RVA) zugeleitet[3]. Der RVA beriet die Gesetzesvorlage in insgesamt drei Sitzungen vom 24. Mai 1978 bis 14. Juni 1978[4]. Dabei wurde die aus 54 Artikeln bestehende Gesetzesvorlage rein formal wie folgt behandelt:
37 Artikel passierten ohne Diskussion und gutachtliche Bemerkungen den Ausschuß. 12 Artikel wurden jedenfalls in einzelnen Absätzen diskutiert; es erfolgte jedoch keine gutachtliche Stellungnahme. 5 Artikel erhielten gutachtliche Stellungnahmen.

---

1) Ein neues PAG gehörte zu den längerfristig angelegten Planungen des Bay. Gesetzgebers. Durch die zunehmende Notwendigkeit länderübergreifender Polizeiaktionen hatte sich das unterschiedliche Polizeirecht in den Ländern als nicht mehr tragfähig erwiesen (man vergleiche nur die allgemeine polizeiliche Generalklausel in den preußisch geprägten Polizeigesetzen und das grundsätzliche Ennumerationsprinzip in Bayern; dies führte zu Unsicherheiten bei den Polizeibeamten). Um diesem Mißstand abzuhelfen, sprach sich die Innenministerkonferenz im Juni 1972 dafür aus, einen Musterentwurf zu erarbeiten, der von einer Arbeitsgruppe erstellt und 1975 von der Innenministerkonferenz im Grundsatz und nach weiteren Anpassungen an die StPO am 25.11.1977 endgültig gebilligt wurde (vgl. dazu die Begründung der Bay. Staatsregierung zum Gesetzentwurf des PAG, Landtags-Drs. 8/8134, S. 15).

2) Landtags-Drs. 8/8134; Sen.-Drs. 116/78.

3) §§ 21 Abs. 1, 33 Abs. 1 Nr. 3 GeschO.

4) 13. Sitzung vom 14.5.1978; 18. Sitzung vom 8.6.1978; 20. Sitzung vom 14.6.1978.

Die große Zahl der Artikel, die ohne Diskussion und gutachtliche Bemerkung den Ausschuß passiert hat, ergibt sich in der überwiegenden Zahl der Fälle daraus, daß hier Übereinstimmungen zwischen altem PAG und dem Gesetzentwurf vorlagen bzw. nur geringfügige Änderungen vorgesehen waren, und das alte Gesetz von den Senatoren allgemein als gut und ausreichend erachtet wurde. In den Fällen, in denen es trotz Diskussionen zu keiner gutachtlichen Bemerkung gekommen ist, konnten die Bedenken des Berichterstatters und der Senatoren weitgehend durch fachkundige Auskunft der Regierungsvertreter entkräftet werden[1].

Die gutachtlichen Stellungnahmen im einzelnen

Die erste Stellungnahme zu Art. 13 I des Entwurfs kann hier außer Betracht bleiben, da sie sich nicht direkt auf den Gesetzentwurf bezog, sondern die Änderung einer Regierungsverordnung im Auge hatte, also dieses konkrete Gesetzgebungsverfahren nicht betraf.

Die Begutachtung zu Art. 15 Abs. 2 des Entwurfs[2]

Berichterstatter Gebhard wies auf die grundsätzliche Ähnlichkeit des Entwurfs mit Art. 17 und 18 des alten PAG hin. Im Rahmen dieses Hinweises schlug er in Anlehnung an die alte Regelung[3] die Übernahme eines weiteren Gewahrsamstatbestandes in den Entwurf vor. Nach kurzer Diskussion hatte auch Min.Rat Nitsche vom Innenministerium gegen eine Übernahme nichts einzuwenden. Auf Antrag von

---

1) Vgl. Diskussionen zum wichtigen Art. 10 des Entwurfes (Einführung der polizeilichen Generalklausel), Rechts- und Verfassungsausschuß des Bay. Senats (zitiert: RVA) 18. Sitzung, Sten. Prot. S. 6/7, oder zur problematischen Identifizierung von Personen in der Nähe gefährlicher Objekte (Art. 11), RVA, 18. Sitzung, Sten. Prot. S. 8/9.

2) Der Gesetzentwurf hatte folgenden Wortlaut:
"Die Polizei kann Minderjährige, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen".

3) Art. 17 Abs. 2 a.F. PAG lautete: "Die Polizei kann Kinder und Jugendliche, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben, oder sich an Orten aufhalten, an denen ihnen eine sittliche Gefahr oder Verwahrlosung droht, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen".

Sen. Schultes wurde einstimmig empfohlen, die Regelung des Art. 17 II a.F.[1] in das Gesetz aufzunehmen. In der 20. Sitzung[2] wurden im wesentlichen nur noch sprachliche Änderungen diskutiert, aber keine mehr vorgenommen[3].

Die Begutachtung zu Art. 17 Abs. 1 des Entwurfs[4]

Sen. Rothe warf die Frage auf, warum eine Rechtsmittelbelehrung durch die Polizeibeamten nicht vorgesehen sei. Der Berichterstatter hielt eine solche auch für unbedingt notwendig, ebenso die Senatoren Penzkofer, Wilhelm und Bopp. Es überwogen hierbei Gedanken des Schutzes für den regelmäßig unwissenden Bürger. Die Vertreter des Innenministeriums wandten sich gegen eine Änderung des Entwurfes, indem sie einerseits einen Vergleich mit der StPO zogen[5], andererseits eine solche Änderung in der Praxis für wenig bedeutungsvoll hielten. Sen. Wilhelm betonte trotzdem den günstigen psychologischen Effekt einer Rechtsmittelbelehrung; ihre Aufnahme in das Gesetz sei sicherlich unschädlich[6]. Dementsprechend enthielt der Entwurf der gutachtlichen Stellungnahme für das Plenum einen entsprechenden Abänderungsvorschlag[7]. Die Abstimmung im Ausschuß erfolgte einstimmig.

---

1) Vgl. S. 58, FN 3.

2) RVA, 20. Sitzung, Sten. Prot. S. 3/4.

3) Die endgültige Fassung des Gutachtensentwurf lautete: "Nach der Neufassung ist ein Gewahrsam dann nicht vorgesehen, wenn sich Minderjährige an Orten aufhalten, an denen ihnen eine sittliche Gefahr oder Verwahrlosung droht, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen. Es wird für erforderlich gehalten, diese Gewahrsamsmöglichkeit, die erst im Jahre 1974 in das geltende PAG aufgenommen wurde, wieder gesetzlich zu regeln". (Sen.-Drs. 148/78, 155/78).

4) Der Gesetzentwurf hatte folgenden Wortlaut: "Wird eine Person aufgrund von Art. 11 Abs. 2 S. 3, Art. 13 Abs. 3 oder Art. 15 festgehalten, ist ihr unverzüglich der Grund bekanntzugeben.

5) In der es eine solche Belehrung nicht gibt.

6) Vgl. zu dieser Diskussion: RVA, 18. Sitzung, Sten. Prot. S. 15-17.

7) Vgl. RVA, 20. Sitzung, Sten. Prot. S. 4; Sen.-Drs. 148/78. Die endgültige Fassung lautete: "Nach dem geltenden Recht (Art. 21 Abs. 2 PAG) ist die in Gewahrsam genommene Person u. a. über die ihr zustehenden Rechtsmittel zu belehren. Der Gesetzentwurf sieht dies nicht vor. Der Senat ist jedoch der Ansicht, daß kein Grund vorliegt, diese Regelung aufzugeben".

Die Begutachtung zu Art. 17 Abs. 3 S. 1 des Entwurfs[1]

Berichterstatter Sen. Gebhard schlug eine Verschärfung der im Entwurf vorgesehenen Soll-Vorschrift unter Anfügung des Satzes "Soweit es die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten gestatten" vor. Sen. Bopp stellte statt dessen zur Diskussion, die bisherige Formulierung des Art. 21 Abs. 1 S. 1 PAG a.F. zu übernehmen[2]. Im letztgenannten Satz sah Min.Dirigent Krampol vom Innenministerium keinen Verstoß gegen die angestrebte bundeseinheitliche Regelung[3]. Auf Grund dieser Diskussion machte der Ausschuß seinen Gutachtensvorschlag[4], der sich an der alten Fassung des Art. 21 orientierte.

Die Begutachtung zu Art. 46 des Entwurfs[5]

Die Diskussion im Ausschuß konzentrierte sich zuerst auf den Abs. 2 des Entwurfs, während Abs. 1 vom Berichterstatter nicht beanstandet wurde, jedoch später, vor allem in der 20. Sitzung, Gegenstand von Beratungen war. Die Bedenken der Senatoren kreisten hauptsächlich um die Frage, was denn sei, wenn sich jemand aus einer gewalttätigen Menschenmenge nicht befreien könne. Schon der Berichterstatter sah die gefährliche Situation für den Unbeteiligten in einem solchen Fall aber auch die praktischen Schwierigkeiten eines

---

1) Der Gesetzentwurf hatte folgenden Wortlaut: "Die festgehaltene Person soll gesondert, insbesondere ohne Einwilligung nicht in demselben Raum mit Straf- oder Untersuchungsgefangenen untergebracht werden".

2) Art. 21 Abs. 1 S. 1 a.F. PAG lautete: "Die in Gewahrsam genommene Person ist, soweit möglich, von anderen gesondert und nicht in demselben Raum mit Straf- und Untersuchungsgefangenen zu verwahren".

3) Vgl. RVA, 18. Sitzung, Sten. Prot. S. 14/15.

4) Vgl. RVA, 20. Sitzung, Sten. Prot. S. 4/5; Sen.-Drs. 148/78. "Nach dem Gesetzentwurf ist die Unterbringung und Trennung festgehaltener Personen durch eine Sollvorschrift geregelt. Der Senat hält es für zweckmäßig, die Sollvorschrift in eine Mußvorschrift mit der Einschränkung "soweit möglich" abzuändern".

5) Der Gesetzentwurf hatte folgenden Wortlaut: "Abs. 1: Der Schußwaffengebrauch gegen Personen in einer Menschenmenge ist unzulässig, wenn für den Polizeibeamten erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden. Das gilt nicht, wenn der Schußwaffengebrauch das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr ist. Abs. 2: Unbeteiligte sind nicht Personen in einer Menschenmenge, die Gewalttaten begeht oder durch Handlungen erkennbar billigt oder unterstützt, wenn diese Personen sich aus der Menschenmenge trotz wiederholter Androhung nach Art. 42 Abs. 3 nicht entfernen".

Polizeibeamten, der vor der Entscheidung steht. Das Risiko des Polizeibeamten sollte nach Meinung des Berichterstatters durch die Übernahme des Art. 12 Abs. 2 PAG a.F. gemildert werden[1], der insofern undifferenzierter war. Vorsitzender Sen. Wilhelm stellte fest, daß bereits die Staatsregierung neben ihrem Gesetzentwurf, der von bundespolitischen Rücksichten bestimmt sei, zum Schutz des Unbeteiligten eine Ergänzung favorisiere[2]. Min. Dirigent Krampol vom Innenministerium gab zu, daß Art. 46 eine unglückliche Bestimmung sei, der insbesondere die Praktikabilität fehle, weil die Polizeibeamten überfordert seien. Eine Verlagerung der Entscheidung auf die politische Führungsebene, wie sie in einer Diskussion von verschiedenen Senatoren vorgeschlagen wurde, lehnte er ab, da eine Entscheidung an Ort und Stelle und nicht aus der Entfernung auf Grund von Situationsschilderungen erfolgen müsse. Darüberhinaus wies er in diesem Zusammenhang auf eine Lücke in Art. 46 Abs. 1 des Entwurfs hin, der einen Schußwaffengebrauch nicht vorsehe, wenn z. B. eine aufrührerische Menschenmenge die Pinakothek oder das Maximilianeum stürmen wolle, um zu brandschatzen[3]. Dieser Gedanke wird später von Sen. Scheuermann wieder aufgegriffen mit dem Hinweis, hierzu müsse der Senat etwas Positives sagen[4]. Auf Grund dieser vorgetragenen Bedenken und Anregungen machte der Ausschuß seinen Gutachtensvorschlag[5].

---

1) RVA, 18. Sitzung, Sten. Prot. S. 29 Art. 42 Abs. 2 a.F. PAG lautete: "Schußwaffen dürfen gegen eine Menschenmenge nur gebraucht werden, wenn von ihr oder aus ihr heraus Gewalttaten begangen werden oder unmittelbar bevorstehen und Zwangsmaßnahmen gegen einzelne nicht zum Ziel führen oder offensichtlich keinen Erfolg versprechen".

2) Diese Ergänzung lautete: "Wer sich aus einer solchen Menschenmenge nach wiederholter Androhung des Schußwaffengebrauchs nicht entfernt, obwohl ihm das möglich ist, ist nicht als Unbeteiligter anzusehen".

3) RVA, 18. Sitzung, Sten. Prot. S. 29/30, 32.

4) RVA, 18. Sitzung, Sten. Prot. S. 31; 20. Sitzung, Sten. Prot. S. 6.

5) RVA, 20. Sitzung, Sten. Prot. S. 8; Sen.-Drs. 148/78. Der Gutachtensvorschlag hatte folgenden Wortlaut: "Der Schußwaffengebrauch gegen Personen in einer Menschenmenge bedarf nach Auffassung des Senats dringend einer genaueren gesetzlichen Regelung. Gegen Art. 46 des Entwurfs werden vom Senat erhebliche Bedenken vorgebracht. Die beabsichtigte Neuregelung verschafft weder die notwendige Klarheit, bei gegebenen Situationen Schußwaffen zu gebrauchen, noch kann sie einschlägige Gefahrenzustände verhindern oder beseitigen; sie läßt insbesondere lebensnotwendige Versorgungsanlagen und unersetzliche Kulturgüter ungeschützt. Die bisherige Regelung in Art. 42 Abs. 2 PAG verdient den Vorzug. Sie müßte jedoch um eine Regelung hinsichtlich der Personen ergänzt werden, die sich trotz Aufforderung aus der Menschenmenge nicht entfernen".

Begutachtung zu Art. 47 des Entwurfes[1)]

Anfängliche Bedenken des Berichterstatters gegen die Übertragung der Zustimmungsbefugnis in Abs. 1 auf einen im Einzelfall Beauftragten, mit der Begründung, daß diese Zustimmung auf Regierungsebene (Minister oder Staatssekretär) verbleiben solle, konnten von Min.Dirigent Krampol mit dem Hinweis auf das Erfordernis der Übertragung der Befugnis auch auf einen dem Geschehnis näher Stehenden entkräftet werden.
Den für die Begutachtung entscheidenden Gedanken brachte der Vorsitzende Sen. Wilhelm, der ausführte, es sei schlicht unmöglich, die Anwendung einer Handgranate auf Angriffsunfähigkeit zu beschränken, wie dies Abs. 2 S. 1 vorsehe. Diesen Bedenken schloß sich Sen. Roth an, der dies als "waffentechnischen Unsinn" bezeichnete. Auf Grund dieser Bedenken machte der Ausschuß seinen Gutachtensvorschlag[2)].

Über diese Vorschläge des Rechts- und Verfassungsausschusses beriet der Bay. Senat in seiner 7. Sitzung am 19. Juni 1978[3)].

Aufschlußreich sind die Äußerungen von Staatsminister Seidl vor dem Plenum[4)]. Zu den gutachtlichen Bemerkungen Art. 47 des Entwurfs betreffend macht er folgende Ausführungen[5)]:

---

1) Der Gesetzentwurf hatte folgenden Wortlaut: "Abs. 1: Maschinengewehre und Handgranaten dürfen gegen Personen nur in den Fällen des Art. 45 Abs. 1 Nrn. 1, 2 und 5 und nur mit Zustimmung des Staatsministers des Inneren oder eines von ihm im Einzelfall Beauftragten angewendet werden, wenn 1. diese Personen von Schußwaffen oder Handgranaten oder ähnlichen Explosivmitteln Gebrauch machen und 2. der vorherige Gebrauch anderer Waffen erfolglos geblieben ist. Abs. 2: Maschinengewehre und Handgranaten dürfen nur gebraucht werden, um angriffsunfähig zu machen. Handgranaten dürfen gegen Personen in einer Menschenmenge nicht gebraucht werden. Abs. 3: Im übrigen bleiben die Vorschriften über den Schußwaffengebrauch unberührt. Abs. 4: Sprengmittel dürfen gegen Personen nicht angewendet werden".

2) RVA, 20. Sitzung, Sten. Prot. S. 9/10; Sen.-Drs. 148/78. Der Gutachtensentwurf hatte folgenden Wortlaut: "Zu Art. 47 Abs. 2: Bedenken bestehen gegen die vorgesehene Bestimmung in S. 1, da es waffentechnisch unmöglich ist, den Einsatz von Maschinengewehren und Handgranaten auf die Wirkung der bloßen Angriffsunfähigkeit zu beschränken".

3) Sten. Ber. Nr. 7, S. 98ff.

4) Sitzung des Bay. Senats vom 19.6.1978, Sten. Ber. Nr. 7, S. 100/101.

5) Vgl. FN 4 (S. 100).

> "Die Gutachtensempfehlung zu den "besonderen Waffen" halte ich für richtig, soweit die Wirkung der Waffen beschrieben wird. Die Folgerungen, die die Gutachtensempfehlung hieraus zieht, übersieht jedoch nach meiner Ansicht, daß eine Anwendung dieser Waffen in einer ausgesprochenen Notwehrsituation durchaus in Betracht kommen, wenn die Voraussetzungen für den sog. "finalen Rettungsschuß" gegeben sind..... In extremen Situationen kann es durchaus notwendig werden, neben dem Einsatz von Maschinengewehren auch den Einsatz von Sprengmitteln vorzusehen".

Auch zu den gutachtlichen Bemerkungen Art. 46 des Entwurfs betreffend werden Andeutungen gemacht[1]:

> "..... im übrigen begrüße ich die Gutachtensempfehlungen, insbesondere die Empfehlungen zum Schußwaffengebrauch gegen eine Menschenmenge, wie sie hier vorgetragen wurde".

Die gutachtlichen Empfehlungen des Ausschusses wurden bei einer Gegenstimme vom Plenum angenommen[2] und das Gutachten der Staatsregierung übermittelt[3].

Wegen der großen Eile erfolgte eine Stellungnahme der Staatsregierung mit Ausnahme der oben wiedergegebenen Ausführungen von Staatsminister Seidl nicht, obwohl sich sonst die Praxis abzeichnet, besondere Stellungnahmen zu den Gutachten zu erstellen.

---

1) Vgl. S. 62, FN4(S. 101).

2) Vgl. S. 62, FN 4.

3) Sen,-Drs. 155/78.

Reaktionen im weiteren Gesetzgebungsverfahren im Landtag

Auf Grund der gleichzeitigen Zuleitung des Gesetzentwurfs an Senat und Landtag war das Gesetz bereits einmal im Landtag gelesen worden und befand sich in der Beratung im Ausschuß für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen[1], so daß erst während der laufenden Beratung das Senatsgutachten überhaupt Berücksichtigung finden konnte[2]. Die Einzelberatungen zu Art. 1 bis 19 waren zu diesem Zeitpunkt schon durchgeführt.

Im Verfahren vor der Gutachtenserstellung durch den Senat (19.06.1978) wurden die Bedenken, die der Senat später vorgebracht hat, noch nicht berücksichtigt. Die erste Lesung im Landtagsplenum brachte neben der allgemeinen Aussprache keine sachliche Auseinandersetzung, sondern nur die Überweisung an die Ausschüsse[3]. Der Ausschuß für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen (RVA) beriet in seiner 125. Sitzung v. 13. Juni 1978 neben einer allgemeinen Aussprache Art. 1 bis 19 des Gesetzentwurfs. Von den hinsichtlich des späteren Senatsgutachtens relevanten Vorschriften wurde Art. 15 Abs. 2 ohne Diskussion unverändert gelassen[4], ebenso Art. 17 Abs. 1 und Abs. 3[5].

Verfahren nach der Gutachtenserstellung durch den Senat

Beratungen zu Art. 15 Abs. 2 des Entwurfs[6]

Der Ausschuß für Fragen des öffentlichen Dienstes bezog das Gutachten des Senats in seine Beratungen ein und erachtete die darin ent-

---

1) Landtagsausschuß für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen, zitiert: (VA), 125. Sitzung vom 13. Juni 1978.

2) Und zwar erst ab der 127. Sitzung des VA vom 20. Juni 1978.

3) Überwiesen wurde an den Landtagsausschuß für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen, an den Ausschuß für Fragen des öffentlichen Dienstes und dann wieder an den erstgenannten Ausschuß.

4) VA, 125. Sitzung, Sten. Prot. S. 31-33.

5) VA, 125. Sitzung, Sten. Prot. S. 34.

6) Gesetzentwurf siehe S. 58, FN 2, Gutachtensbemerkungen S. 59, FN 3.

haltenen Bemerkungen hinsichtlich Art. 15 Abs. 2 des Entwurfs als "systemgerecht". Es wurde einstimmig beschlossen, eine Ergänzung vorzunehmen, die den Wünschen des Senats entsprach[1]; dieser Auffassung schloß sich auch der RVA in zweiter Beratung an[2]. Im Landtag wurde die Änderung ohne Diskussion übernommen[3].

Hinsichtlich Art. 17 des Entwurfs berücksichtigte der Ausschuß für Fragen des öffentlichen Dienstes das Gutachten des Senats überhaupt nicht; es fand weder während der Beratungen Erwähnung, noch wurden irgendwelche Änderungen der Regierungsvorlage in dieser Hinsicht beschlossen[4]. Erst der Ausschuß für Verfassungs-Rechts- und Kommunalfragen nahm in seiner 132. Sitzung vom 5. Juli 1978 die Anregung des Senatsgutachtens hinsichtlich Art. 17 Abs. 1[5] voll auf, gegen den erklärten Willen von Ministerialrat Nitsche[6]. Abs. 1 des Entwurfs wurde entsprechend geändert[7]. In bezug auf Art. 17 Abs. 3[8] wurde das Senatsgutachten in keinem Ausschuß erwähnt und ihm auch nicht entsprochen. Der Landtag verabschiedete

---

1) Ausschuß für Fragen des öffentlichen Dienstes, 69. Sitzung vom 4. Juli 1978, Sten. Prot. S. 13; Landtags-Drs. 8/8877. Der Zusatz hatte folgenden Wortlaut: "Die Polizei kann Minderjährige, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen oder sich an Orten aufhalten, an denen ihnen eine sittliche Gefahr oder Verwahrlosung droht, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen".

2) VA, 132. Sitzung vom 5. Juli 1978, Sten. Prot. S. 45; Landtags-Drs. 8/8843; dies wurde auch im Landtagsplenum betont: Bay. Landtag, 112. Sitzung vom 12.7.1978, Sten. Ber. 8/112, S. 6270.

3) Vgl. Bay. Landtag, 112. Sitzung, Sten. Ber. 8/112, S. 6283 (wegen Artikelfolgeänderung dort Art. 16).

4) Ausschuß für Fragen des öffentlichen Dienstes, 69. Sitzung, Sten. Prot. S. 13/14; Landtags-Drs. 8/8877.

5) Gesetzentwurf siehe S. 59, FN 4, Gutachtensbemerkungen S. 59, FN 7.

6) VA, 132. Sitzung, Sten. Prot. S. 45a/46; Landtags-Drs. 8/8843; Bay. Landtag, 112. Sitzung, Sten. Ber. 8/112, S. 6270, 6283.

7) Danach wurde Abs. 1 wie folgt geändert: "In Abs. 1 wird nach Wort "bekanntgeben" der Punkt durch einen Strichpunkt ersetzt und folgendes eingefügt: sie ist über die ihr zustehenden Rechtsmittel zu belehren. Zu der Belehrung gehört der Hinweis, daß eine etwaige Aussage freiwillig erfolgt".

8) Gesetzentwurf siehe S. 60, FN 1, Gutachtensbemerkung, S. 60, FN 4.

diesen Artikel ohne Änderung einstimmig[1].

Art. 46 des Entwurfs betreffend[2] empfahl Berichterstatter v. Waldenfels dem Rechts- und Verfassungsausschuß eine neue Formulierung, die sich an Art. 32 Abs. 2 PAG a.F. anlehnte, jedoch um eine Regelung hinsichtlich des Unbeteiligten ergänzt wurde[3]. Dabei orientierte er sich zumindest mit an den Gedanken des Senats, denn es wurde dem Verlangen des Senatsgutachtens inhaltlich[4] entsprochen und auch ausdrücklich auf die Bedenken des Senats bezüglich des Regierungsentwurfes hingewiesen. Auch die anschließende Aussprache schloß intensiv die vorangegangenen Diskussionen im Senat ein. So wurden insbesondere die aus dem Landtagsdienst (BLD) bekannten Äußerungen im Bay. Senat zitiert und erörtert; es blieb jedoch letztlich bei der vom Berichterstatter vorgeschlagenen Formulierung[5]. Auch der Ausschuß für Frage des öffentlichen Dienstes[6] und der Landtag stimmten dieser Fassung zu[7].

In bezug auf Art. 47 des Entwurfs[8] herrschte in den Beratungen des RVA 127. Sitzung v. 20. Juni 1978 die Meinung, die Fassung des Abs. 2 S. 1 sei mißverständlich. Insbesondere bestanden Unklarheiten darüber, ob "angriffsunfähig" auch bedeute, daß u. U. eine Tötung (im Sinne des finalen Rettungsschußes) erfolgen könne. Von

---

1) Bay. Landtag, 112. Sitzung, Sten. Ber. 8/112, S. 6283.

2) Gesetzentwurf siehe S.60 , FN 5, Gutachtensbemerkung, S. 61, FN 5.

3) VA 127. Sitzung, Sten. Prot. S. 42/47. Die Empfehlung lautete: "Abs. 1: Schußwaffen dürfen gegen Personen in einer Menschenmenge nur gebraucht werden, wenn von ihr oder aus ihr heraus schwerwiegende Gewalttaten begangen werden oder unmittelbar bevorstehen und andere Maßnahmen keinen Erfolg versprechen. Abs. 2: Wer sich aus einer solchen Menschenmenge nach wiederholter Androhung des Schußwaffengebrauchs nicht entfernt, obwohl ihm das möglich ist, ist nicht als Unbeteiligter (Art. 44 Abs. 4) anzusehen".

4) Vgl. S. 61, FN 5.

5) Landtags-Drs. 8/8574; siehe auch VA, 132. Sitzung, Sten. Prot. S. 50 (einstimmige Zustimmung).

6) Ausschuß für Fragen des öffentlichen Dienstes, 69. Sitzung, Sten. Prot. S. 21; Landtags-Drs. 8/8877.

7) Bay. Landtag, 112. Sitzung, Sten. Ber. 8/112, S. 6284.

8) Vgl. Gesetzentwurf S. 62, FN 1, Gutachtensbemerkungen S. 62, FN 2.

dieser Frage aus gesehen, mußte gerade die unkalkulierbare Wirkung von Handgranaten, wie sie schon vom Senat moniert worden war, als problematisch erscheinen[1]. Die Bedenken des Senats wurden in der Ausschußsitzung aber nicht erwähnt.

Die Ausführungen des Abgeordneten Geys führten zur Klärung des Meinungsstandes und zur Änderung des Art. 47 Abs. 2 S. 1[2], allerdings in eine andere Richtung als sie vom Senat gewünscht wurde. Geys war der Auffassung, daß, orientiert an der Rechtsprechung, der gezielte Todesschuß unter die "Angriffsunfähigkeit" subsumiert werden müsse. Damit dürften auch die Verwendung von Handgranaten und Maschinengewehren diesem Ziel dienen. Er wurde in dieser Auffassung durch Ministerialrat Nitsche bestärkt, der auf die gleiche Auslegung durch das Bundesinnenministerium und die anderen Länder verwies.

Daher wurde in diametralem Gegensatz zum Senatsgutachten Einigkeit darüber erzielt, daß Art. 47 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs nur die Benutzung von Maschinengewehren und Handgranaten zur Erreichung der Fluchtunfähigkeit habe ausschließen[3], den Einsatz dieser Mittel im Rahmen des finalen Rettungsschusses aber nicht habe ausnehmen wollen[4]. Da Art. 47 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs insoweit leicht mißverständlich erschien, sollte er ohne sachliche Änderung statt bisher positiv nunmehr negativ formuliert werden:

> "Maschinengewehre und Handgranaten dürfen nicht gebraucht werden, um fluchtunfähig zu machen".

Der entgegengesetzten Auffassung des Senats hinsichtlich der Angriffsunfähigkeit[5] wurde damit nicht Rechnung getragen.

Der Ausschuß für Frage des öffentlichen Dienstes nahm die Änderung einstimmig an[6].

Im Landtag wurde sie bei Stimmenthaltung der Opposition angenommen[7].

---

1) Vgl. VA, 127. Sitzung, Sten. Prot. S. 48-56; insbesondere Warnecke (S. 48/50/56) und Mitberichterstatter Wirth (S. 49/53), sowie Häußler (S. 50/51/52) und Schnell (S. 52).

2) VA, 127. Sitzung, Sten. Prot. S. 53ff.

3) VA, 127. Sitzung, Sten. Prot. S. 53 (Geys).

4) VA, 127. Sitzung, Sten. Prot. S. 55 (Ministerialrat Nitsche).

5) Vgl. Gutachtensbemerkungen S.62 , FN 2.

6) Ausschuß für Fragen des öffentlichen Dienstes, 69. Sitzung, Sten. Prot. S. 21. Bedenken hinsichtlich der Abänderung, die Ministerialrat Nitsche vortrug, wurde nicht gefolgt.

7) Bay. Landtag, 112. Sitzung, Sten. Ber. 8/112, S. 6284.

Auswertung des Fallbeispiels

Die Besonderheit, daß das Polizeiaufgabengesetz noch vor Ende der Legislaturperiode des Landtags verabschiedet werden sollte, brachte eine zeitliche Komprimierung der Vorgänge, nicht aber Ausnahmen vom typischen Verfahrensablauf.
Insbesondere die Gleichzeitigkeit der Zuleitung findet sich auch bei anderen weniger eiligen Verfahren. Es zeigte sich aber, daß gerade durch die gleichzeitige Zuleitung die Beratungen im Landtag und im Senat parallel liefen, wenn auch durch die schnelle Arbeit des Senates und der langsameren Beratungsweise des Landtags das Senatsgutachten in die laufenden Landtagsberatungen noch eingebracht werden konnte.
Trotz des Zeitdrucks wurde die Materie im Senat umfassend beraten und zu wichtigen Fragen kritisch Stellung genommen.
Es ist deutlich erkennbar, daß die Gutachtenstätigkeit inhaltlich nicht gelitten hat, sondern sorgfältig durchgeführt wurde.

Bei den Entscheidungsfindungsprozessen, vor allem in den Ausschüssen, war ein starker Einfluß der Vertreter der Staatsregierung unverkennbar. Dadurch wurde Kritik der Senatoren mit Erfolg abgefangen, darunter auch gravierende Bedenken rechtstaatlicher Natur, etwa bei den Beratungen zu Art. 11 des Entwurfs. Die Senatoren setzten sich bei Meinungsverschiedenheiten aber andererseits auch durch[1)] und fanden gegen die Vertreter der Staatsregierung zu Änderungen des Gesetzentwurfs.
Insgesamt ergab sich ein Bild kritischer Kooperation zwischen Senats- und Regierungsvertretern, die in sachlicher Atmosphäre stattfand und sich von den Verhandlungen des Landtags und seiner Ausschüsse durch das Fehlen parteipolitischer Differenzen unterschied.

---

1) Wobei "Durchsetzen" nicht im Sinne eines verfahrensmäßigen, sondern eines argumentativen Durchsetzens gemeint ist, denn irgendwelche Stimmrechte stehen den Vertretern der Staatsregierung nicht zu.

Deutlich wurde außerdem, daß Adressat des Gutachtens materiell der Landtag war, denn der Staatsregierung blieb keine Zeit mehr, sich mit dem Gutachten zu beschäftigen, nachdem es schon einen Tag nach seiner endgültigen Erstellung, nämlich am 20.06.1978 im Landtagsausschuß für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen (127. Sitzung) behandelt wurde.

Die Auswirkungen der Gutachten lassen sich naturgemäß nur schwer fassen, da viele Einflüsse auf ein Gesetz einwirken, bevor es im Landtag verabschiedet wird; dies gilt auch vorliegend. So bestand bereits eine bestimmte politische Prädisposition dafür, das alte "bayerische" PAG dem neuen "Bundes"-PAG vorzuziehen. Daher orientierten sich die Vorschläge, sehr oft an der alten Fassung. Feststellbar ist aber, daß vor Gutachtenserstellung im Landtagsausschuß für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen die Bedenken, die der Senat später erhob, nicht gesehen oder beraten wurden.
Nach Eintreffen des Senatsgutachtens beim Landtag fand eine Diskussion über die darin enthaltenen Bemerkungen statt. Die Berücksichtigung der gutachtlichen Bemerkungen schwankte hingegen stark. Sie reicht von der vollständigen Beachtung (vgl. Art. 17 Abs. 1 des Entwurfs)[1] bis zur völligen Nichtbeachtung (z. B. Art. 17 Abs. 3 des Entwurfs)[2].

Zusammenschauend fällt in weiten Teilen eine kritische Aufnahmebereitschaft hinsichtlich der Gutachtensbemerkungen des Senats auf. Ob diese Bereitschaft jedoch in positive Reaktionen umgesetzt wird, ist ganz den Sachthemen und der parlamentarischen Entscheidung überlassen.

---

1) Die Beachtung war aber nicht in jedem Ausschuß gleich groß. So erwähnte der Ausschuß für Fragen des öffentlichen Dienstes das Senatsgutachten hinsichtlich Art. 17 Abs. 1 überhaupt nicht.

2) Folgende Auswirkungen konnten konkret festgestellt werden: Die Gutachtensbemerkungen zu Art. 15 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 1 des Entwurfs wurden vom Landtag voll übernommen. Dasselbe gilt für die Vorschläge zu Art. 46, hier hatten jedoch schon vorher Bedenken der Staatsregierung in gleicher Richtung bestanden. Art. 17 Abs. 3 passierte ohne Diskussion des Senatsgutachtens den Landtag. Art. 47 Abs. 2 wurde lediglich umformuliert, ohne die Bedenken des Senats zu berücksichtigen. Das Gegenteil wurde irrigerweise vom Senat, gestützt auf den bloßen Wortlaut, angenommen (vgl. 9. Sitzung des Bay. Senats v. 18. Juli 1978, Sten. Ber. Nr. 9, S. 136 (Gebhard).

Das Fallbeispiel des Gesetzes zur Änderung des Bay. Rundfunkgesetzes v. 1.03.1972

Vorbemerkung:

Der aus der Mitte des Landtags (Abg. Dr. Huber und Fraktion (CSU)) kommende Gesetzentwurf sollte nach dem Willen seiner Initiatoren das seit 1959 unveränderte Rundfunkgesetz den "gesellschaftlichen Entwicklungen" angleichen. Dazu wollte man neue gesellschaftlich relevante Kräfte in das Kontrollorgan des Bay. Rundfunks einbeziehen und dessen Zuständigkeit erweitern[1].

Der Initiativgesetzentwurf sah dazu die Erhöhung der Zahl der Rundfunkratsmitglieder von 41 auf 59 vor, wobei insbesondere auch die Zahl der Parteivertreter erhöht werden sollte (bisher 9, dann 21). Die Berufung der leitenden Angestellten im Bay. Rundfunk wollte man künftig außerdem von der Zustimmung des Rundfunkrates abhängig machen und - bei Möglichkeit der Wiederberufung - auf nur jeweils 5 Jahre beschränken. Nebenbei wurde noch das Gegendarstellungs- und Beschwerderecht der Rundfunkhörer genauer gesetzlich fixiert.
Zu scharfen Diskussionen in der Öffentlichkeit kam es vor allem über die Erhöhung der Parteivertreter im Rundfunkrat und die stärkere Anbindung der leitenden Angestellten an die Zustimmung des Rundfunkrates. Darin wurde vielfach der Versuch der Mehrheit im Landtag gesehen, den Rundfunk stärker parteipolitisch zu kontrollieren. Die SPD versuchte einen eigenen Gesetzentwurf entgegenzusetzen, der die Erforschung der Zuschauermeinung sowie vor allem als Schwerpunkt die Vertretung der Arbeitnehmer im Rundfunkrat und die innerbetriebliche Mitbestimmung in den Vordergrund stellte. Diesem Entwurf kam jedoch in Folge der Mehrheitsverhältnisse im Bay. Landtag nur geringe Bedeutung zu.
Das Gesetzgebungsverfahren geriet in starke Zeitnot, da die Mitgliedschaft im Rundfunkrat am 29.02.1972 endete, und das Gesetz

---

1) Siehe Vorblatt zu Landtags-Drs. 7/1860.

nach den Vorstellungen der Initiatoren zur nächsten Amtszeit schon wirksam werden sollte. Der Initiativgesetzentwurf sah daher auch eine Verlängerung der laufenden Amtszeit bis zum 30.04.1972 vor.

Das für das Gutachten relevante Gesetzgebungsverfahren

Die Gesetzesinitiative kam "aus der Mitte des Landtags" (Art. 71 BV) und zwar auf Grund des Antrags des Abg. Dr. Huber und Fraktion (CSU) vom 21.01.1972[1]. Der Gegenentwurf der Abg. Haase, Dr. Glotz, Dr. Böddrich und Fraktion (SPD) vom 27.01.1972[2] wurde jeweils mitbehandelt. Die erste Lesung erfolgte am 27.01.1972[3] und endete mit der Überweisung des Entwurfs an den Ausschuß für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen sowie an den Ausschuß für kulturpolitische Fragen. Letzterer legte seinen Bericht am 08.02.1972, ersterer am 10.02.1972 vor[4].

Erst nach zögerndem Abwarten und wohl auch unter dem Druck der Öffentlichkeit entschied der Ministerrat am 08.02.72, den Senat um eine gutachtliche Stellungnahme zu ersuchen. Dies geschah durch Schreiben vom 11.02.1972, das am 15.02.1972 beim Senat einging[5].
Schon vorher, als dem Senat der entsprechende Ministerratsbeschluß bekannt geworden, ihm aber noch nicht zugegangen war, hatte der Senat den amtierenden Landtagspräsidenten mit Erfolg gebeten, die zweite und dritte Lesung des Gesetzes von der Tagesordnung der Vollsitzung am 22.,23. und 24.02.1972 abzusetzen (die Abstimmung erfolgte durch einstimmigen Beschluß des Ältestenrates am 09.02.1972).
Am 16.02.1972 begannen die Fachausschüsse des Senats mit der Beratung (Ausschuß für Kulturpolitik und Rechts- und Verfassungsausschuß) und setzten diese am 22.02.1972 fort. Die

---

1) Vgl. Landtags-Drs. 7/1860.

2) Vgl. Landtags-Drs. 7/1905.

3) Vgl. Sten. Ber. 7/32, S. 1635ff.

4) Vgl. Landtags-Drs. 7/1978 und 7/1989.

5) Sen.-Drs. 21/72, sowie 4. Sitzung des Bay. Senats vom 29.2.1972, Sten. Ber. Nr. 4 S. 38 (Kraus) und Brief des Senatspräsidenten an den Ministerpräsidenten vom 28.02.1972 zitiert nach Verlesung in der 4. Sitzung des Bay. Senats, Sten. Ber. Nr. 4, S. 36.

von den Senatsausschüssen erarbeiteten gutachtlichen Stellungnahmen sollten auf der Plenarsitzung vom 24.02.1972 verabschiedet werden.
Der Ältestenrat des Landtags änderte jedoch am 17.02.1972 seinen Beschluß vom 09.02.1972 und beschloß nunmehr doch die Aufnahme des Gesetzes in die Tagesordnung der Sitzungen vom 22.-24.02.1972. Die zweite Lesung des Gesetzes erfolgt im Landtag daraufhin am 22. und 23.02.1972[1], die dritte am 24.02.1972 mit der Verabschiedung des Gesetzes[2]. Daraufhin setzte der Senat die Behandlung des Gutachtens für die Plenarsitzung am 24.02.72 ab und verweigerte in einem Brief an den Ministerpräsidenten vom 28.02.1972 eine Gutachtenserstattung[3] unter Hinweis auf ihre Sinnlosigkeit. Die Ausschüsse des Senats setzten ihre Beratungen aber unter dem Gesichtspunkt möglicher Einwendungen fort[4].

Auswertung der Fallbeispiele

Das Verhältnis des Senates zur Staatsregierung und zum Landtag muß sich auch in Extremsituationen bewähren, und dort zeigen sich die Charakteristika und Probleme besonders deutlich.
Trotz dieser erwünschten Deutlichkeit soll, um einer falschen Gewichtung vorzubeugen, festgehalten werden, daß das vorliegende Fallbeispiel zu den Ausnahmefällen zu zählen ist.

Die rechtliche Möglichkeit, das Gutachten zu verweigern, wurde dem Senat hier deswegen eröffnet, weil er im Gegensatz zum Normalfall des Art. 40 BV bei Gesetzentwürfen "aus der Mitte des Landtags" ein Ermessen hinsichtlich der Frage hat, ob er ein Gutachten erstatten will oder nicht (vgl. S. 62). Obwohl der Landtag dadurch materiell Adressat des Gutachtens wird, ist er formell ungebunden. Offizieller Empfänger der

---

1) Sten. Ber. 7/33, S. 1661ff und Sten. Ber. 7/34, S. 1703ff.

2) Sten. Ber. 7/35, S. 1805ff (Beschluß S. 1823/24).

3) Brief des Senatspräsidenten an den Ministerpräsidenten vom 28.2.1972, vgl. FN 271.

4) Sitzung des Bay. Senats vom 29.02.1972, Sten. Ber. Nr. 4, S. 36 (Herrmann).

Gutachten bleibt die Staatsregierung. Die dadurch unter Umständen bei einem Teil der Abgeordneten geförderte Einstellung zeigt eine Äußerung, deren Urheberschaft zwar nicht zu klären ist, deren Authentizität jedoch als unbestritten gilt[1]:

"Die Regierung kann sich ein Gutachten besorgen, wo sie will, vom Senat, von der Müllabfuhr oder von der Feuerwehr, auch das kümmert die Fraktion nicht".

Dieses Zitat zeigt, ohne es im Detail überbewerten zu wollen, durchaus richtig, daß die Gutachten des Senats formal gesehen den Landtag nicht tangieren; und das ist den Abgeordneten auch bewußt. In Fragen von erheblicher politischer Brisanz mit der einhergehenden Polarisierung der Meinungen besteht die Gefahr, sich auf formale Positionen zurückzuziehen. Nichts anderes wurde vom Landtag auch tatsächlich praktiziert; die Terminierung der drei Lesungen war so gehalten, daß das Gutachten des Senates den Landtag gar nicht rechtzeitig zu den Beratungen erreichen konnte.

Daß der Senat sich angesichts dieser Lage zur Verweigerung des Gutachtens entschlossen hat, ist konsequent und wurde als die "große Stunde" des Bay. Senats apostrophiert[2]. Bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang jedoch (und dies läßt die "große Stunde" doch in einem etwas anderen Licht erscheinen), daß der Senat erst dann von der Begutachtung Abstand nahm, als die Sinnlosigkeit dieses Unterfangens ganz offensichtlich und nicht mehr zu leugnen war. Zuvor hatte sich der Senat aber der Hektik des Landtags angeschlossen. Fraglich bleibt, ob diese Art der Behandlung dem erklärten Ziel des Senates entspricht, die vorgelegte Materie in Ruhe zu beraten.

---

1) Bay. Landtag, Sitzung vom 22.02.1972, Sten. Ber. 7/33, S. 1680, 1686.
2) Sitzung des Bay. Senats, Sten. Ber. Nr. 4, S. 39 (Penzkofer).

b) Das Einwendungsrecht

Das Einwendungsrecht wird vom Senat relativ selten ausgeübt. Dabei ist er im Gegensatz zum gutachtlichen Verfahren bei allen Gesetzen (Art. 41 Abs. 1 BV) zum Einwendungsverfahren berufen. Ob er tatsächlich Einwendungen erhebt, unterliegt jedoch - im Unterschied zum gutachtlichen Verfahren nach Art. 40 BV - seinem Ermessen.

aa) Verfahrensprobleme

Der "Idealtyp" des Verfahrens ist in Art. 41 BV und der GeschO geregelt. Der Landtag legt die durch ihn beschlossenen Gesetze dem Senat vor. Innerhalb des Senats wird zuerst in den zuständigen Ausschüssen, dann im Plenum entschieden, ob und gegebenenfalls welche Einwendungen erhoben werden sollen. Für dieses Verfahren stehen entweder ein Monat oder - bei Dringlicherklärungen des Gesetzes durch den Landtag - eine Woche zur Verfügung. Der Landtag beschließt im Fall, daß Einwendungen erhoben werden, mit einfacher Mehrheit darüber, ob er ihnen Rechnung tragen will (Art. 41 Abs. 2 S. 3, Art. 23 Abs. 1 BV). Verfahrensmäßige Abweichungen wie beim gutachtlichen Verfahren gibt es nicht.
Zu beobachten ist allerdings, daß das Einwendungsrecht ganz unterschiedlich eingesetzt wird. Beispielsweise verzichtete der Senat bei zwei wichtigen Bestimmungen[1] des Haushaltsgesetzes 1965, die noch nach der Erstattung des Senatsgutachtens, während der parlamentarischen Beratung im Landtag auf Betreiben der Staatsregierung "nachgeschoben" worden waren, trotz der fehlenden Begutachtung auf die Einwendung,

---

1) Es handelte sich um eine Garantie für die Rhein-Main-Donau AG und Sicherheitsleistungen für den Bau eines Atomkraftwerkes.

um keine Verzögerung bei dem dringlichen Haushaltsgesetz eintreten zu lassen[1].
Statt dessen begnügte sich der Senat mit der Erklärung des Finanzministers, die Nichtvorlage sei ein Versehen gewesen und werde nicht wieder vorkommen[2].
Allgemein spielen Zeitprobleme eine große Rolle, wobei der Zeitdruck schon von Art. 41 BV ausgeht. Infolgedessen werden auch einmal ursprünglich noch von den Ausschüssen vorgesehene Einwendungen wegen terminlicher Schwierigkeiten des Landtags nicht erhoben. Dies geschah etwa beim Haushaltsgesetz für die Rechnungsjahre 1971/72. Damals war der Landtag bereits in die Parlamentsferien gegangen, worauf die vorgesehene Einwendung nicht erhoben wurde, um keine für den Finanzhaushalt des Staates unerträgliche Verzögerung zu verursachen[3].
Andererseits scheut sich der Senat aber wiederum auch nicht, diese Verzögerung in Kauf zu nehmen, wenn er seine Arbeitsfähigkeit gefährdet sieht. So erhob der Senat Einwendungen trotz Parlamentsferien und Ende der Legislaturperiode des Landtags als der Landtag 1982 die Auflösung des Landesamtes für Kurzschrift beschlossen hatte, obwohl dadurch das Inkrafttreten des Gesetzes auf unbestimmte Zeit aufgeschoben wurde. Es stand die Sorge des Senats im Vordergrund, daß der stenographische Dienst nicht mehr voll gewährleistet sein könnte[4].

---

1) Begünstigt wurde dieses Verhalten des Senates durch die rechtlichen Unsicherheiten in diesem Bereich. Klare Aussagen zu dem Problem des "Nachschiebens" von wichtigen Gesetzesteilen durch die Staatsregierung und ihrer Begutachtung sind der einschlägigen verfassungsrechtlichen Literatur nicht zu entnehmen. Dies mag an der Ambivalenz liegen, die diesem Problem zugrunde liegt. Handelt es sich um eine formelle Ergänzung des Gesetzentwurfes, mit der Folge einer Begutachtung durch den Senat, oder lediglich um eine Anregung an die Regierungsfraktion des Landtags? Letzteres würde keine Begutachtung zur Folge haben. Aus Sinn und Zweck des Begutachtungsverfahrens und um Umgehungsmöglichkeiten zu verhindern wird hingegen, zumindest bei obligatorischen Gutachten, eine Begutachtung auch der nachgeschobenen Gesetzesteile erfolgen müssen. Andernfalls würden Teile des Gesetzes unbegutachtet bleiben, was nach der Verfassung nicht vorgesehen ist.

2) Vgl. Sitzung des Bay. Senats v. 9.4.1965, Sten. Ber. Nr. 9, S. 601ff.

3) Sitzung des Bay. Senats vom 15.7.1971, Sten. Ber. Nr. 11, S. 206ff.

4) Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 30. Juli 1982, S. 17.

bb) Fallbeispiele

Das eben Gesagte soll nunmehr an Hand von Fallbeispielen näher erläutert werden.

1.Fallbeispiel: Polizeiaufgabengesetz v.24.08.1978

Der Kontinuität und Verständlichkeit halber wird als erstes Fallbeispiel das Einwendungsverfahren für das oben bereits geschilderte Polizeiaufgabengesetz behandelt.
Die Vorlage des Landtags wurde vom Präsidenten des Bay. Senats dem Rechts- und Verfassungsausschuß zugeleitet[1]. Der Vorsitzende des Ausschusses bestimmte einen Berichterstatter (Sen. Gebhard)[2]; in diesem Fall der gleiche, der schon im gutachtlichen Verfahren Berichterstatter war[3]. Wegen des Zeitdrucks nahm der Berichterstatter zur Fertigung seines Berichts die Mithilfe der Referenten im Innenministerium (Ministerialdirigent Krampol und Ministerialrat Nitsche in Anspruch[4]. Eine Teilnahme der Vertreter des Innenministeriums an der anschließenden Diskussion in der Ausschußsitzung fand nicht statt[5]. Der Berichterstatter konzentrierte sich im wesentlichen darauf, zu referieren, welche Gutachtenbemerkungen berücksichtigt worden waren und welche nicht[6]. Hierbei haftete er sehr an der wortlautmäßigen Übereinstimmung von Gutachtensempfehlung und verabschiedetem Gesetz. So übersieht er die oben (S. 73/74) bereits erwähnte nicht übernommene Gutachtensbemerkung zu Art. 47 Abs. 2 PAG. Der Bericht endete mit der Bemerkung[7]: "Zusammenfassend darf ich feststellen, daß die Gutachtensempfehlungen des Senats insbesondere in den schwerwiegenden Punkten über-

---

1) §21 Abs. 1 GeschO des Senats.

2) §37 Abs. 1 GeschO des Senats; vgl. RVA 25. Sitzung vom 13.7.1978, Sten. Prot. S. 1.

3) Vgl. RVA 13. Sitzung vom 24.5.1978, Sten. Prot., S. 7.

4) Sitzung des Bay. Senats vom 18.7.1978, Sten. Prot. Nr. 9, S. 135 (Gebhard).

5) RVA, 25. Sitzung, Sten. Prot. S. 1ff.

6) RVA, 25. Sitzung, aaO, S. 1-5 Mitte.

7) RVA, 25. Sitzung, aaO, S. 5.

nommen worden sind. Ich empfehle daher dem Senatsplenum, gegen das PAG keine Einwendungen zu erheben". In der folgenden Aussprache schlossen sich die anderen Ausschußmitglieder dieser Auffassung an[1].

Sen. Roth wies ergänzend noch auf einen Rechtsstreit zwischen Staatsregierung und Gewerkschaften hin, der sich darum gedreht hatte, ob die Gewerkschaften im Rahmen des Art. 104 BayBG[2] ordnungsgemäß beteiligt worden seien. Er betonte aber sogleich, daß solche Streitigkeiten nicht in den Senat getragen werden sollten, weil dieser nicht die Stelle sei, wo Meinungsverschiedenheiten zwischen Regierung und Gewerkschaften ausgetragen werden sollten. Die Empfehlung des Berichterstatters wurde in der Vollsitzung des Senats vom 18. Juni 1978 bei zwei Stimmenthaltungen angenommen[3].

Auswertung des Fallbeispiels

Der Zusammenhang von Einwendung und Gutachten, der schon nach Auswertung der statistischen Daten vermutet wurde, findet sich hier bestätigt. Wenn auch sicher die Frage der Erhebung der Einwendungen nicht monokausal an den Erfolg der Gutachten gebunden ist (vielmehr sind auch gewichtige andere Einflüsse erkennbar, so etwa, vornehmlich bei Haushaltsgesetzen, das Bemühen, Verzögerungen zu vermeiden), so zeigt doch der vorliegende Fall sehr deutlich, welchen breiten Raum die Begutachtung des Gesetzes auch im Einwendungsverfahren einnimmt. Nicht nur, daß derselbe Berichterstatter gewählt wird, die Beratungen drehen sich in ihrem wichtigsten Teil um die Fra-

---

1) Vgl. Sen.-Drs. 176/78 und RVA, 25. Sitzung, Sten. Prot. S. 5-8.

2) Art. 104 Bay. Beamtengesetz regelt die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Gewerkschaften und Berufsverbänden auf der einen und den obersten Landesbehörden auf der anderen Seite bei der Vorbereitung allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse.

3) Sitzung des Bay. Senats vom 18. Juli 1978, Sten. Ber. Nr. 9, S. 138.

ge des Erfolges oder Mißerfolges des Gutachtens. Der Berichterstatter macht außerdem expressis verbis klar, daß sein Vorschlag, keine Einwendung zu erheben, durch den relativen Erfolg des Gutachtens bedingt ist.
Außerdem wird die Haltung der Senatoren deutlich, den Senat nicht als Forum für streitige Auseinandersetzungen zu benutzen. So wird die Frage,ob die Spitzenverbände der Gewerkschaften und Berufsverbände im Rahmen des Art. 104 BayBG hätten gehört werden müssen - eine Frage, die sehr wohl das zur Beratung stehende Gesetz berührt - schnell als bloße Streitigkeit zwischen Regierung und Gewerkschaft bezeichnet, und damit sogar von einem Vertreter der Gewerkschaften (Sen. Roth) als Behandlungsthema für den Senat abgetan und auch in der Plenumsdiskussion mehr als obiter dictum denn als relevante Äußerung für die Einwendung behandelt[1]. Die Scheu, Interessen des Entsendeverbandes im Senat geltend zu machen, tritt hier zutage. Die Senatoren zeigen dabei allgemein eine starke Zurückhaltung, da nach herrschender (Senats-)Auffassung die Senatoren keine Verbandsinteressen wahrnehmen sollen, sondern ein freies Mandat ausüben[2].

Der enge Kontakt zwischen Senat und Staatsregierung zeigt sich erneut beim Einwendungsverfahren. Zwar beteiligen sich die Vertreter des Innenministeriums nicht an den Ausschußdiskussionen. Sie geben aber dem Berichterstatter sachverständige Hilfestellung bei seinem Bericht, der wegen des erheblichen Zeitdrucks sonst nicht rechtzeitig fertig geworden wäre.

2. Fallbeispiel: Gesetz zur Änderung des Bay. Rundfunkgesetzes v. 01.03.1972

Vorbemerkung

Wie oben bereits behandelt, weigerte sich der Bay. Senat, ein Gutachten zu dem Rundfunkänderungsgesetz zu erstatten.

---

1) Sitzung des Bay. Senats vom 18.7.1978, aaO, S. 136/137.
2) Schweiger in N/L/Sch/Z. Art. 36, RdNr. 2.

Die Ergebnisse der bereits abgehaltenen Ausschußsitzungen wurden für die Beratungen über die Einwendungen verwertet[1].

Da die sachlichen Bedenken des Senats im weiteren nur eine geringe Rolle spielen, seien sie hier vorweg kurz angeführt. Es wurden eine Reihe von Einwendungen erhoben[2]. Neben der allgemeinen Bemerkung, daß der Senat das Gesetz weder für notwendig, noch für dringlich halte, wurde insbesondere die Erhöhung der Mitgliederzahl des Rundfunkrates gerügt, da die Meinungsbildung erschwert und durch die Vermehrung der Sitze für die politischen Parteien das ausgeglichene Verhältnis der gesellschaftlich relevanten Kräfte beseitigt werde. Zudem wird das Zustimmungserfordernis des Rundfunkrates bei der Berufung von Hauptabteilungsleitern bemängelt, da dadurch die Vertrauensstellung des Intendanten angegriffen werde. Nicht zuletzt wird die Regelung der 5-Jahresverträge angegriffen, weil Bedenken hinsichtlich Eingriffen in die Tarifautonomie und das Kündigungsschutzrecht befürchtet wurden.

Der Gang des Gesetzgebungsverfahrens

Der Bay. Senat beriet in der Plenarsitzung vom 29.02.1972 über die Frage, ob und welche Einwendungen er zu erheben gedenke (Beginn der Sitzung um 14 Uhr 2 Minuten, Punkt 1 der Tagesordnung).
Schon um 16 Uhr 7 Minuten des gleichen Tages begann die 36. Sitzung des Bay. Landtags mit dem Tagesordnungspunkt "Stellungnahme zu etwaigen Einwendungen des Bay. Senats zum Gesetz zur Änderung des Bay. Rundfunkgesetzes[3], obwohl der Senat zu diesem Zeitpunkt über die Sache noch tagte. Auf Antrag des Abg. Huber wurde daher die Sitzung um 16 Uhr 9 Minuten bis 18 Uhr 4 Minuten unterbrochen. Ab ca. 17 Uhr lagen die Einwendungen des Senats vor. Der Rechts- und Verfassungsausschuß des Land-

---

1) Sitzung des Bay. Senats vom 29.2.1972, Sten. Ber. Nr. 4, S. 36 (Herrmann).
2) Sen.-Drs. 35/72.
3) Sitzung des Bay. Landtags vom 29.2.1972, Sten. Ber. 7/36, S. 1862ff.

tags war bereits in die Beratung eingetreten, der Kulturausschuß des Landtags beriet nach einer Geschäftsordnungsdebatte im Plenum ab 18 Uhr 30 Minuten. Die Plenarsitzung wurde erneut unterbrochen bis 19 Uhr 46 Minuten. Zu diesem Zeitpunkt hatte der kulturpolitische Ausschuß seine Beratungen beendet, der Rechts- und Verfassungsausschuß stimmte gerade ab.
Die nachfolgende Debatte im Landtagsplenum war durch Fragen der Geschäftsordnung, nicht durch Sachdebatten gekennzeichnet. Diese zeigt schon allein ein Blick auf die Sten. Ber. von der Wiedereröffnung der Beratungen im Plenum (19 Uhr 46 Minuten) bis zur Abstimmung um 1 Uhr 20 Minuten des darauffolgenden Tages. Von den 49 Seiten Protokoll entfallen auf die Berichterstattung 1 1/2 und auf die eigentliche Sachdebatte 2 1/2 Seiten. Die übrigen Seiten enthalten eine ausgiebige Geschäftsordnungsdebatte bzw. eine Abgabe von Erklärungen der Abgeordneten, die nach der Geschäftsordnung keine Sachdebatte darstellen darf, im vorliegenden Fall jedoch gelegentlich zu Sachäußerungen genutzt wurde.
Die ganze Beratung des Gesetzes war von dem Bemühen der Mehrheitsfraktion (CSU) geprägt, das Gesetzgebungsverfahren schnellstens abzuschließen (so wird die Sachdebatte nach äußerst kurzer Dauer auf Grund eines Antrags des Abg. Huber (CSU) für geschlossen erklärt[1]) und von der Absicht der Opposition, das Verfahren - vor allem durch Geschäftsordnungsfragen - in die Länge zu ziehen. Beides ging auf Kosten einer wirklichen Debatte. Innerhalb der kärglichen Sachaussprache zeigte sich jedoch, daß besonders die Oppositionsparteien hinter den Einwendungen des Senats standen. Dies wird nicht nur aus den zustimmenden Zurufen speziell der SPD bei der Berichterstattung aus den Ausschußsitzungen deutlich[2], sondern auch aus den zum Ende der Sitzung erfolgten Erklärungen der Abgeordneten[3].

---

1) Sitzung des Bay. Landtags vom 29.2.1972, aaO, S. 1892 bis 1894.

2) Sitzung des Bay. Landtags vom 29.2.1972, aaO, S. 1874/75.

3) Z. B. Sitzung des Bay. Landtags vom 29.2.1972, aaO, S. 1908/09 (Weishäupl).

Mit 102 Nein- und 76 Ja-Stimmen bei 2 Enthaltungen wurden um 1 Uhr 20 Minuten des 1.3.72 die Einwendungen des Senats zurückgewiesen[1].

Auswertung des Fallbeispiels

Der Senat hat für sein Beratungsverfahren, für das er auf Grund der Dringlichkeitserklärung des Gesetzes ohnehin nur eine Woche Zeit hatte, in Unterschreitung dieser an sich schon kurzen Frist in 5 Tagen (vom 24. bis 29.2.72) über die Einwendungen entschieden, wobei in dieser Zeit auch noch ein Wochenende fiel. Auch wenn man berücksichtigt, daß die Beratungen für das letztendlich nicht erstattete Gutachten mit herangezogen werden konnten, zeigt dies, daß sich der Senat in die hektischen Beratungen des Landtags hat "einspannen" lassen. Angesichts der Vehemenz, mit der die Landtagsmehrheit den Gesetzentwurf noch vor Anfang März 1972 durch das parlamentarische Verfahren bringen wollte, deutete sich erneut die Tendenz im Senat an, nicht als "Verzögerer" aufzutreten. Außerdem wird das Bemühen erkennbar, durch verfahrensmäßige Schritte die Sachbehandlung nicht zu stören. Für die Kürze der Zeit konnte der Senat hingegen fachlich tatsächlich Erstaunliches vorweisen. Das Gesetz wurde inhaltlich voll überprüft und kritisch gewürdigt. Die eigentliche Macht aber, die das Einwendungsverfahren dem Senat gibt, nämlich die der Zeitverzögerung, wird zugunsten des Wunsches nach reiner Sachdebatte von Seiten des Senats selbst zurückgestellt.

Dabei ließ die enorme zeitliche Raffung des Verfahrens im Landtag, vor allem auch die kurzen Ausschußsitzungen in Unterbrechungspausen der Plenarsitzungen, fast keinen Raum für eine sachliche Überprüfung der Argumente der Einwendungen. Die Selbstbeschränkung des Senats auf die Ebene der Sachdebatte wurde vom Landtag also nicht honoriert. Die Landtagsmehrheit fühlte sich eher dazu gedrängt, den vorgegebenen Zeitplan ein-

---

1) Sitzung des Bay. Landtags vom 29.2.1972, aaO, S. 1916; Landtags-Drs. 7/2103.

zuhalten, als ernsthaft die Probleme nochmals zu überdenken.

Die Opposition stimmte zwar den Einwendungen des Senats zu, benutzte diese aber doch eher zur Verschleppung der Beratungen, als zu einer ernsthaften Sachdebatte.
Zusammenfassend: Die Einwendungen des Senats gehen "ins Leere", da sie auf eine Landtagsmehrheit treffen, die genaue Vorstellungen von dem - engen - zeitlichen Rahmen hat, in dem die Beratungen beendet sein müssen. Diesem Rahmen werden die Sachargumente des Senats geopfert. In Zeiten härterer politischer Konfrontation, das zeigt das Beispiel, tritt die abwägende Sachauseinandersetzung und mit ihr die Bedeutung der Einwendungen des Senates deutlich zurück. Hier wird dann die Selbstbeschränkung des Senates hinsichtlich der Ausübung seiner verfahrensmäßigen Rechte durch den Landtag noch von außen verstärkt.

c) Die Anträge nach § 22 Abs. 2 GeschO d. Senats

Der erhebliche Umfang, den diese Anträge inzwischen erreicht haben, wurde schon in der statistischen Übersicht erwähnt. Zur tatsächlichen Erfassung dieses Tätigkeitsbereichs soll neben dem dabei angewandten Verfahren auch die Thematik der Anträge untersucht werden.

Das Verfahren

Die Stellung des Antrags muß nach § 22 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 GeschO d. Senats durch wenigstens drei Senatoren erfolgen. Ausnahmen werden aber auch sanktionslos hingenommen[1]. Nach Überweisung und Behandlung in den zuständigen Ausschüssen[2] und Beschlußfassung im Plenum des Senats wird der Antrag an die Staatsregierung weitergeleitet. Gegebenenfalls nach Weiterleitung an das entsprechende Fachministerium erfolgt die Ant-

---

1) Vgl. Antrag Mathieu betreffend Änderung der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 16.11.1978, Sen.-Drs. 227, 229, 246/78.

2) § 22 Abs. 2 i. V. m. § 21 Abs. 1 und 2 GeschO des Senats.

wort der Staatsregierung (zu der allerdings keine Verpflichtung besteht).

Die Thematik

Zur Erfassung dieses Aspektes sollen im folgenden verschiedene Anträge aus dem Jahre 1978 beispielhaft aufgeführt werden[1]:

- Antrag v. 02.03.1978 betreffend Einhaltung des Reinhaltsgebotes für bayerisches Bier[2].
(Anlaß war die Besorgnis, daß der aus Frankreich eingeführte Braumalz mit unzulässigen Hilfsstoffen behandelt und daher das bayerische Reinheitsgebot verletzt sein könnte; gefordert wurden verstärkte Überwachung und Kontrollen.)

- Antrag v. 05.07.1978 betreffend Juristenausbildung[3]. (Im wesentlichen wurde die Staatsregierung aufgefordert, darauf hinzuweisen, daß die im Bundesgebiet bestehenden erheblichen Unterschiede in den Prüfungsvoraussetzungen und Leistungsbewertungen behoben werden, und die Verbindung von Wissenschaft und Praxis enger gestaltet wird.)

---

1) Zur Vervollständigung seien hier noch die weiteren Anträge des Jahres 1978 aufgeführt. Es erfolgten Anträge zu: Rechts- und Schulsituation der Kinder ausländischer Arbeitnehmer (Sen.-Drs. 80, 118, 135/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 255/78); Förderung der Verabreichung von Schulmilch (Sen.-Drs. 81, 102, 137/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 216/78); Entwicklung des Hochschulwesens nach dem Bay. Hochschulgesamtplan (Sen.-Drs. 87, 92, 110/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 226/78); Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Sen.-Drs. 164, 179, 199/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 2/79); Schulentwicklungsplan für berufliche Schulen (Sen.-Drs. 65, 97, 112/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 169/78 und 57/79); Förderung des Berufsschulbesuchs von noch nicht Berufsreifen und Kindern ausländischer Arbeitnehmer (Sen.-Drs. 66, 98, 111/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 255/78); Entwicklung der Kollegstufe (Sen.-Drs. 232, 237, 242/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 79/79 und 80/80); Förderung kultureller Einrichtungen (Sen.-Drs. 234, 240, 247/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 90/79); Förderung der Hauptschüler (Sen.-Drs. 235, 241, 248/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 13/79); Fördermaßnahmen für Schulkinder ausländischer Arbeitnehmer (Sen.-Drs. 254/78, 8, 15/79; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. 179/79).

2) Sen.-Drs. 61, 84, 136/78; Antwort der Staatsregierung: Sen.-Drs. v. 18.8.1978, Sen.-Drs. 203/78 und v. 27.3.1980, Sen.-Drs. 72/80.

3) Sen.-Drs. 170, 207, 243/78, Antwort vom 3.8.1979, Sen.-Drs. 178/79.

- Antrag v. 12.07.1978 betreffend Luftverschmutzung in Oberfranken[1]. (Die Staatsregierung wurde ersucht, sich verstärkt der Frage der Luftverschmutzung durch Fabrikanlagen in der CSSR anzunehmen, und den Bundesminister des Auswärtigen um Beschleunigung der diplomatischen Bemühungen zu bitten.)

- Antrag v. 20.09.1978 betreffend Änderung der Verordnung über Stellenobergrenzen im kommunalen Bereich[2]. (Es wird der Staatsregierung ein detaillierter Änderungsentwurf für die Verordnung vorgelegt; dieser komplettiert einen Initiativgesetzentwurf des Bay. Senats zur Änderung des Bay. Besoldungsgesetzes[3]).

- Antrag v. 16.11.1978 betreffend Änderung der Gemeindeverordnung für den Freistaat Bayern (Im Anhang zu einem Initiativgesetzentwurf des Bay. Senats[4]) betreffend Änderung der Landkreiserdnung wird die Staatsregierung ersucht, zu prüfen, ob auch eine Änderung der Gemeindeordnung geboten ist.)

- Antrag v. 13.11.1978 betreffend Zuschüsse für den Bau von Berufsschulen[5]. (Die Staatsregierung wurde ersucht, für den Bau von Berufsschulen nach dem Wegfall der zusätzlichen Bundesmittel am 31.12.1979 die erhöhten Zuschüsse auch über diesen Termin zu gewähren und im Haushaltsgesetz sicher zu stellen.)

Auffällig an den vorstehenden Anträgen aus dem Jahr 1978 ist die breite Palette von Sachthemen, die von ihnen berührt werden. So steht als Ausgangspunkt für entsprechende Anträge der volle Geschäftsbereich der bayerischen Landesregierung zur Verfügung. Die Anträge selbst richten sich zum einen auf

---

1) Sen.-Drs. 174, 215, 221/78, Antwort vom 19.1.1979, Sen.-Drs. 23/79.

2) Sen.-Drs. s11/78; 161, 177/70, Antwort vom 18.12.80, Sen.-Drs. 270/80.

3) Sen.-Drs. 210/78.

4) Sen.-Drs. 218/78.

5) Sen.-Drs. 233, 242, 249/78, Antwort vom 12.6.80, Sen.-Drs. 135/80.

ein gewünschtes Tätigwerden der Staatsregierung im exekutivistischen[1], zum anderen im legislatorischen Bereich. In der zuletzt genannten Richtung beziehen sich die Bemühungen des Senates sowohl auf die Änderung von Verordnungen[2], als auch auf die Anregung zum Tätigwerden im formellen Gesetzesbereich[3]. Inhaltlich befassen sich die Anträge häufig mit Haushaltsproblemen, vornehmlich der Ausweisung von Fördermitteln in den Haushaltsgesetzen[4]. Im übrigen wird verlangt, daß die Staatsregierung auf andere Bundesländer[5] oder den Bund[6] einwirkt; gelegentlich sogar verbunden mit der Bitte, im internationalen Bereich tätig zu werden[7].

Auswertung der Anträge 1978

Anträge nach § 22 II GeschO ersetzen häufig Gesetzesinitiativen des Senats. Dies geschieht am auffälligsten beim Antrag über die Änderung der Gemeindeordnung, bei dem die eigentliche Initiative deutlich der Staatsregierung überlassen wird. Die Anträge, neue Fördermittel in den Haushalt einzustellen, verschaffen dem Senat dagegen zusätzliche über das Begutachtungsrecht hinausgehende Möglichkeiten, sich zum Staatshaushalt zu äußern. Hier wird die Gelegenheit benutzt, sich losgelöst vom eigentlichen Haushaltsplan konkret bezogen an die Staatsregierung zu wenden. Auch auf andere Weise versucht sich der Senat noch Einfluß auf Bereiche zu eröffnen, die ihm nach der Verfassung nicht zustehen; so etwa, um Änderungen von Verordnungen zu erreichen[8]. Deutlich wird außerdem, daß ein Teil der Anträge vorangegangene oder noch laufende Gesetzesinitiativen des Senats komplettieren soll.

---

1) Antrag: Einhaltung des Reinheitsgebots für Bayerisches Bier.

2) Antrag: Verordnung über Stellenobergrenzen im kommunalen Bereich.

3) Antrag: Änderung der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern.

4) Antrag: Zuschüsse für den Bau von Berufsschulen.

5) Antrag: Juristenausbildung.

6) Antrag: Luftverschmutzung in Oberfranken (durch die CSSR).

7) Vgl. FN 6.

8) Antrag: Verordnung über Stellenobergrenzen im kommunalen Bereich, dem sogar ein detaillierter Entwurf beigelegt wurde.

Dies gilt sowohl für die Aufforderungen an die Staatsregierung, Gesetze, als auch für Anträge, Verordnungen zu ändern.

Reaktionen der Staatsregierung

Zu allen Anträgen des Senats erfolgten jeweils ausführliche Antworten der Bay. Staatsregierung. Es antwortete entweder der Ministerpräsident selbst oder die entsprechenden Fachminister. Durchweg waren die Antworten nicht nur rein formal, sondern gehen auch inhaltlich ausführlich auf die Anträge des Senats ein[1]. Mitunter kommt die Staatsregierung in späteren Schreiben auf einzelne Anträge noch einmal zurück, wenn sich neue Entwicklungen ergeben haben[2]. Die Resonanz der Anträge bei der Staatsregierung ist unterschiedlich. Häufig findet sich eine positive Einstellung zu den Verlangen des Senats[3], aber auch negative Reaktionen zeigen sich, z. B. wenn die Anträge kostenintensiv sind[4].
Festzuhalten bleibt, daß zumindest eine (erneute) Beschäftigung mit den verschiedenen Themen veranlaßt worden ist. Daß diese Beschäftigung nicht nur oberflächlich war, sondern eine Auseinandersetzung mit den Problemen einleitete, zeigen die zum Teil sehr ausführlichen Stellungnahmen der Staatsregierung.

Zusammenfassend betrachtet ergibt sich das Bild eines intensiven, von verfahrensmäßigen Zwängen weitgehend freigehaltenen Dialoges zwischen Staatsregierung und Senat, den beide Seiten offensichtlich bereitwillig und häufig führen.

d) Das Gesetzesinitiativrecht nach Art. 39 BV

Die Gesetzesvorlagen, die aus der Mitte des Senats eingebracht werden, müssen von wenigstens drei Senatoren unterzeichnet sein[5].

---

1) Antrag: Juristenausbildung, Sen.-Drs. 178/79.

2) Antrag: Reinheitsgebot Sen.-Drs. 203/78 und 72/80.

3) Antrag: Luftverschmutzung in Oberfranken, der zur Einschaltung des Auswärtigen Amtes führte, Sen.-Drs. 23/79.

4) Antrag: Zuschüsse für den Bau von Berufsschulen; die geforderten Zuschüsse wurden mit Hinweis auf die Finanzlage abgelehnt, Sen.-Drs. 135/80.

5) §22 Abs. 1 GeschO des Senats.

Danach werden sie vom Senatspräsidenten den zuständigen Ausschüssen zugeleitet. Nach der Ausschußberatung[1] und der Beschlußfassung im Plenum erfolgt die Zuleitung an den Landtag auf zwei Wegen, nämlich entweder direkt durch den Senat oder über die Staatsregierung (vgl. Art. 39 BV), die dann meistens noch eine Stellungnahme abgibt[2]. Beide Wege werden vom Bay. Senat beschritten[3]. Ein Begutachtungsverfahren nach Art. 40 BV entfällt schon nach dem Wortlaut der Vorschrift. Das Einwendungsrecht nach Art. 41 BV bleibt dagegen erhalten. Es ist insofern entwertet, als es nur bei positiv vom Landtag beschlossenen Gesetzen zur Anwendung gelangt[4]. Bei einer Ablehnung des Gesetzentwurfs durch den Landtag, wo es vom Senat aus gesehen besonders notwendig wäre, besteht das Recht hingegen nicht[5]. Da die Gesetzesinitiative im Gegensatz zum Begutachtungsverfahren eine Aktion und nicht lediglich eine Reaktion verlangt, hängt die Ausübung dieses Rechts weitgehend vom Engagement der Senatoren ab. So tauchen gerade bei den arbeitsintensiven[6] Gesetzesinitiativentwürfen immer wieder die Namen

---

1) Regelmäßig ist dabei dem Rechts- und Verfassungsausschuß zuzuleiten (§22 Abs. 1 S. 2 i. V. m. §21 Abs. 1 und 2 GeschO des Senats).

2) vgl. z. B. Sen.-Drs. 7/79 zum Gesetzentwurf zur Änderung der Landkreisordnung des Freistaates Bayern, sowie Landtags-Drs. 8/7954 zum Initiativgesetzentwurf betreffend Änderung des Senatsgesetz.

3) Vgl. z. B. Initiativgesetzentwurf zur Änderung des Bay. Gesetzes über die Reisekostenvergütung der Beamten und Richter v. 12.2.1981, Sen.-Drs. 33/81, der direkt an den Landtag ging, oder den Initiativgesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes über das berufliche Schulwesen v. 13.5.1980, Sen.-Drs. 100/80, der über die Staatsregierung zum Landtag gelangte.

4) also vom Senat nicht genehme Abänderungen seines Entwurfs angegriffen werden können.

5) arg. e contrario aus Art. 41 Abs. 2 BV, der das Einwendungsrecht nur für vom Landtag beschlossene Gesetze einräumt.

6) auch die Anträge nach §22 GeschO des Senats erfordern zwar eine Initiative der Senatoren, der Arbeitsaufwand für eine bloße Anfrage ist aber oft wesentlich geringer, als die Ausarbeitung eines eigenen Gesetzentwurfs.

einiger weniger Senatoren auf[1]. Das Betätigungsfeld der Mehrzahl der Senatoren ist der Gesetzesinitiativbereich also nicht. Daraus erklärt sich auch, warum dieses Recht so bedeutungslos geblieben ist. (Selten überschreitet die Zahl der Gesetzesinitiativen drei pro Jahr).
Die Wirkungen der Initiativen sind unterschiedlich. Gerade kostenintensive Gesetze haben es im Landtag häufig sehr schwer[2], während andere Entwürfe durchaus erfolgreich sein können[3]. Es ist auch vereinzelt vorgekommen, daß Initiativen des Senats in Bereiche vorgedrungen sind, in denen die Staatsregierung selbst auf Grund politischer Bindungen untätig bleiben mußte[4]. Als erwünschte Umgehung dieser Bindung wurde die Senatsinitiative begrüßt und hatte auch Erfolg.
Das Initiativrecht wäre also, zusammenfassend gesagt, von seiner Konzeption her kein bedeutungsloses Recht. Es wird erst durch die Praxis des Senats zu einem solchen gemacht. Die Einstellung der Senatoren, sich stark den beratenden Tätigkeiten zuzuwenden und damit unpolitisch und streng sachorientiert zu handeln, scheut häufigere Gesetzesinitiativen, die den Senat zwangsläufig stärker in die politische Auseinandersetzung rücken würde.

---

1) Erwähnt seien beispielsweise die Senatoren Wilhelm, Mathieu, Kläß, Nüchterlein, Roth, Gebhard, Penzkofer und Schumann, um nur einige besonders aktive Senatoren herauszugreifen.

2) Vgl. z. B. Initiativgesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes über das berufliche Schulwesen (Sen.-Drs. 100/80, Sitzung des Bay. Landtags vom 29.9.1981, Sten. Ber. 9/103, S. 6776ff (6779)) oder Initiativgesetzentwurf zur 2. Änderung des Gesetzes über die Errichtung und den Betrieb von Sonderschulen (Sen.-Drs. 117/79, Sitzung des Bay. Landtags vom 22.7.1981, Sten. Ber. 9/100, S. 6560ff (6561)).

3) Z. B. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Senatsgesetzes vom 10.2.1978, Sen.-Drs. 41, 54/78; Landtags-Drs. 8/7954, 8281, 8730.

4) Initiativgesetzentwurf betreffend 1. Gesetz zur Änderung des Reisekostengesetzes vom 12.2.1981 (Sen.-Drs. 33/81; Sitzung des Bay. Landtags vom 10.11.1981, Sten. Ber. 9/105, S. 6872ff)). Die Staatsregierung war an einer Initiative zur Erhöhung der Wegekostenentschädigung für Beamte und Richter politisch durch ein Besoldungsmoratorium gehindert.

(3.) Funktionserfassung

Die bereits festgestellte quantitative Gewichtigkeit der gutachtlichen Tätigkeit, wie sie im statistischen Material zum Ausdruck kommt, findet ihre Ergänzung auch in qualitativer Hinsicht. Gemessen an dieser Tätigkeit haben alle anderen Bereiche an Wichtigkeit verloren oder sich in ihrer Bedeutung gewandelt;namentlich ist dies für das Einwendungs- und Gesetzesinitiativrecht der Fall.
Die Zahl der Einwendungen ging dem Anstieg der Gutachtenstätigkeit korrespondierend zurück, was u. a. seinen Grund darin hat, daß der Senat seine Anliegen besser im Gutachtens- als im Einwendungsverfahren durchzusetzen glaubt. Doch auch die verbleibenden Einwendungen dienen häufig dem Zweck,die vorausgegangene Gutachtenstätigkeit gleichsam zu prolongieren, d. h. den Gutachten eine über das eigentliche Begutachtungsverfahren hinausreichende Beachtung zu sichern und eine nochmalige Behandlung der Problematik im Sinne des Senats zu ermöglichen.
Das Gesetzesinitiativrecht tritt hinter der Möglichkeit zurück, an die Staatsregierung (nicht bindende) Anträge zu stellen.
Die Bevorzugung dieser Form der Initiative ist mitbegründet in ihrem de facto konsultativen Charakter. Denn auch die als Anregung zu verstehenden Anträge stellen tatsächlich nichts anderes dar, als eine beratende Tätigkeit. In den Anträgen und ihren Erläuterungen wird dabei in kurzer Form eine Art Begutachtung für die Staatsregierung gegeben. Der Unterschied zum eigentlichen Begutachtungsverfahren nach Art. 40 BV besteht darin, daß der Senat dort erst auf Aufforderung hin tätig werden kann, während er bei den Anträgen selbst aktiv werden muß.
Führt man sich die weiteren - hier wegen ihrer relativ geringen Bedeutung nicht näher untersuchten - Tätigkeitsbereiche, vor allem die Anhörung des Senats vor der Entlastung der Staatsregierung nach Art. 114 II Bay. HO und die Äußerung zu Klagen vor dem Verfassungsgerichtshof, vor Augen,

die in ihrem Kern überwiegend gutachtliche Elemente enthalten, so wird klar, wie stark der konsultative Charakter den Senat in allen Funktionen prägt. Diese Prägung ist dabei nicht allein von der Verfassung vorgesehen, sondern hat sich als Parlamentsbrauch im Senat entwickelt und zwar auch in Bereichen, die ihrer Art nach, wie etwa beim Einwendungsrecht, dafür nicht konzipiert sind. Dies ist eine Entwicklung, die allerdings durch den Verfassungsgeber insoweit vorgezeichnet wurde, als echte "Konfliktrechte" dem Senat nicht zur Verfügung stehen bzw. nur schwach ausgestaltet sind.

Der Bay. Senat ist somit, unabhängig von seinen einzelnen Funktionen, hauptsächlich als Gutachter und Berater tätig. Dieser Charakter zieht sich wie ein "roter Faden" durch alle ihm zugewiesenen Aufgabenbereiche. Unterscheidungen lassen sich danach treffen, wem der Senat als Berater zur Seite steht. Die Tätigkeit nach Art. 40 BV ist im Idealfall der Staatsregierung gegenüber auszuüben, hat aber durch die häufige Praktizierung der gleichzeitigen Zuleitung von Gesetzesentwürfen an Landtag und Senat in der Praxis ihren Charakter dahin gewandelt, daß sie de facto in vielen Fällen gegenüber dem Landtag ausgeübt wird. Das Einwendungsrecht zielt de lege und de facto auf den Bay. Landtag, während das Antragsrecht nach § 22 II GeschO sich nur an die Staatsregierung richtet. Es ergibt sich also das Bild der Aufteilung der Beraterfunktion zwischen Staatsregierung und Landtag[1]. Dabei existieren Bereiche, die eindeutig einem der beiden Adressaten zugeordnet werden können (Einwendungsrecht dem Landtag, Antrag nach § 22 II GeschO der Staatsregierung) und Bereiche, die sich aufteilen (Art. 40 BV, je nachdem ob Gleichzeitigkeit der Zuleitung vorliegt, und der Beginn der Beratungen im Landtag schon vor der Gutachtenserstattung liegt oder nicht.).

---

1) Die Beratertätigkeit für den Bay. Verfassurgsgerichtshof kann man seiner relativ geringen Bedeutung wegen hier vernachlässigen.

Da der Senat mit Konfliktrechten nur schwach ausgestattet ist, erscheint das Bemühen verständlich und notwendig, Einfluß über fachlich gute und ausgewogene Beratungstätigkeit zu erlangen. Das hat allerdings zur Folge - wie sich in Konfliktsituationen etwa bei Verabschiedung des Rundfunkgesetzes 1972 besonders deutlich zeigt -, daß der Senat darauf angewiesen ist, von den Adressaten seiner Tätigkeit (Landtag, Regierung) auch gehört zu werden. Die Aufnahmebereitschaft der Adressaten hängt aber mit von dem Bekanntheitsgrad des Bay. Senats und seiner Wertigkeit in der Öffentlichkeit ab. Denn nur, wenn er dort hinreichend bekannt und geschätzt ist, werden sich die staatlichen Adressaten auch verstärkt genötigt sehen, dem Senat, seiner Arbeit und seiner Meinung Beachtung zu schenken.

Auf dem Gebiet der Öffentlichkeitsarbeit werden daher vom Senat in neuerer Zeit erhebliche Anstrengungen unternommen. So wurden die Mittel dafür von 1976 auf 1977 mehr als verdoppelt[1]. Damit werden besonders der Besucherverkehr sowie Informationsbroschüren etc. gefördert. Durch gezielte Informationsangebote an die Presse hat auch die Beachtung des Senats dort zugenommen. Alle wichtigen Beratungsergebnisse werden dadurch heute einem größeren Publikum zugänglich gemacht.

Auch auf die ausreichende Behandlung des Senats in den Schulen wird Bedacht genommen. Dazu wurde die Staatsregierung aufgefordert, die Behandlung des Senats in die Lehrpläne der Schulen aufzunehmen[2].
Diese Maßnahmen zeigen, daß der Senat die Öffentlichkeit, im Gegensatz zu früheren Jahren, heute als wichtigen Faktor erkannt hat[3]. Ein Staatsorgan, das von Verfassungs wegen mit

---

1) Vgl. Bay. Senat, Sitzung vom 17.2.1977, Sten. Ber. Nr. 3, S. 62 (Penzkofer).

2) Sen.-Drs. 230, 239, 277/79.

3) Bay. Senat, Sitzung vom 10.1.1980, Sten. Ber. Nr. 1, S. 4 (Präsident).

nur relativ schwachen Rechten ausgestattet worden ist, kann neben der vollen Ausschöpfung dieser Rechte zur Machterhaltung bzw. zum Machterwerb nur seinen Ruf bzw. sein Ansehen einsetzen. Voraussetzung dafür ist ein Bekanntheitsgrad, der es erlaubt, relativ mühelos die Öffentlichkeit zu erreichen. Hier lassen sich Teilerfolge des Senats erkennen. Da der Senat aber nicht durch Volkswahlen periodisch der Öffentlichkeit ins Bewußtsein gerückt wird, muß er sich selbst stärker um seine Darstellung bemühen. Dabei kommt den einzelnen Senatoren eine bedeutende Rolle zu. Nur ihr kritisches Engagement und der Mut, auch einmal Kontroversen zu riskieren, kann letztlich den notwendigen öffentlichen Widerhall finden[1].

Insgesamt muß man dem Faktor Öffentlichkeit eine verstärkende Wirkung bezüglich der Senatstätigkeit zumessen. Insoweit ist der faktische Einfluß des Senats größer, als dies vereinzelte Beispiele zu verdeutlichen vermögen. Er wird vom Senat auch gezielt gefördert und ausgebaut. Damit soll verhindert werden, daß die konkrete Auswirkungen der Senatstätigkeit weiterhin vom bloßen Gutdünken der Adressaten abhängig sind (so etwa 1972, als die Einwendungen im Rahmen des Rundfunkgesetzes auf allerkürzestem Wege ohne eingehende Sachbehandlung zurückgewiesen wurden). Da es sich hierbei aber um einen langwierigen Bewußtseinsprozeß handelt, können abschließende Aussagen über diese "Allianzstrategie" des Senats mit der Öffentlichkeit noch nicht gemacht werden. Nach den bisherigen Ergebnissen (insbesondere Ministerpräsident F. J. Strauß versucht dem Senat stärker entgegenzukommen) scheint dieser Weg aber durchaus erfolgversprechend zu sein.

---

1) Vgl. z. B. die Beratungen zum Kultusetat 1983/84. Sen. Schumann wandte sich energisch gegen Äußerungen von Staatssekretärin Berghofer-Weichner und wies Vorwürfe mangelnder Leistungsbereitschaft der Studenten basierend auf seinen Erfahrungen als Professor zurück. Dieses Engagement führte zu einem entsprechendem Echo in der Öffentlichkeit (vgl. Süddeutsche Zeitung vom 19/20.3.1983, S. 23).

II. Verfassungsprobleme

1. Die Verfassungsprobleme im Überblick

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß der Bay. Senat eine ungewöhnliche Stellung zwischen Landtag und Staatsregierung, also Legislative und Exekutive, einnimmt, die eine Einordnung in das vorgegebene Gewaltenteilungsschema erschwert. Trotz dieser Schwierigkeiten ist eine solche Ein- bzw. Zuordnung für eine lückenlose rechtliche Erfassung des "Phänomens" Bay. Senat notwendig. Es geht um eine Arbeitsgrundlage für die weiteren verfassungsrechtlichen Überlegungen. Dabei kann das Ziel der vorliegenden Arbeit weder eine umfassende Formenlehre, noch die Darstellung des derzeitigen Streitstandes sein[1]. Insbesondere kann nicht näher auf die Kritik an der überkommenen Gewaltenteilungslehre eingegangen werden, da sich die Einordnung vorliegend an der in der Bayerischen Verfassung bzw. im Grundgesetz vorgegebenen (Art. 5 BV, Art. 20 Abs. 2 GG) und ausgestalteten Teilung der Gewalten zu orientieren hat. Hierzu reicht es, die in den Verfassungen beschriebenen, unstrittigen Merkmale herauszustellen und sie mit der "Phänomenologie" des Bay. Senats zu vergleichen.

---

1) Vgl. zur Geschichte der Gewaltenteilung, Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 "Gewaltenteilung", RdNr. 13ff; ders., Allgemeine Staatslehre, S. 230; Vogel, Gesetzgeber und Verwaltung, S. 129ff; Forsthoff, Art. Gewaltenteilung in Ev. Staatlexikon, Sp. 857ff; Themistokles Tsatsos, Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung, Heidelberg 1968. Gewaltenteilung wird heute nicht als Nebeneinander, sondern als machtbeschränkendes und -kontrollierendes Ineinandergreifen (BVerfGE 3, 225ff (247); 183ff (188); 9, 268ff(279); 22, 106ff (111); Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Art. 20, Anm. 16/17; v. Mangoldt/Klein, Art. 20 GG, Anm. V 5b) unter Wahrung eines eigenständigen Kerns (BVerfGE 9, 268ff (280); 30, 1ff (27ff); 34, 52ff (59); Herzog, Staatslehre, S. 234ff; Stern, Staatsrecht Bd. 2, S. 541f) verstanden. Damit kommt der Gewaltenteilung gewaltenhemmender Mischcharakter zu (vgl. zum Problem der gemischten Verfassung: Ries, Polybios zwischen Polis und Imperium, Diss. Heidelberg 1975, insbesondere S. 128ff; Stern, Staatsrecht Bd. 1, S. 580f; Hesse, Grundzüge, 12. A. S. 202). Trotzdem muß auch heute neben einer hemmenden Mischung eine Selbständigkeit und Unterscheidbarkeit der Gewalten "einander gegenüber" (Graf Vitzthum, Parlament und Planung S. 227) gewährleistet sein (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), denn die Herrschaftsordnung des Grundgesetzes setzt erkennbare Verantwortlichkeiten im Staat

Wegen der Stellung des Bay. Senats im Bereich zwischen Landtag und Staatsregierung kann sich die Untersuchung auf die Verortung im Spannungsfeld zwischen Exekutive und Legislative beschränken und die geringe Berührung mit der rechtsprechenden Gewalt ausgeblendet werden.

Die Ermittlung dieser Stellung, also des "Status" innerhalb des gewaltengeteilten Staatsaufbaus, bildet die wichtigste Grundlage für die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Senats im demokratischen Staatsaufbau. Die Rekrutierung der Senatoren aus einzelnen Interessenvertretungen läßt die Verbindung des ungeteilten Staatsvolkes zum Senat als unterbrochen, sowie die Eigenschaft der Senatoren, dieses ungeteilte Staatsvolk zu repräsentieren, als fraglich erscheinen. Das damit angesprochene demokratische Prinzip findet sich als Prüfungsmaßstab für die Bay. Verfassung, und damit auch für den Senat, in Art. 28 Abs. 1 S. 1 und 2 GG[1]. Art. 28 GG ist die Norm, die den Rahmen, Art. 20,

---

voraus (Graf Vitzthum, S. 225 unter Verweis auf BVerfGE 9, 268ff (281)). Unter diesem Gesichtspunkt ist es zulässig und erforderlich, sich an den herkömmlichen Unterscheidungskriterien zu orientieren.

1) Denkbar wäre auch, die Bay. Verfassung als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Der Gedanke, daß auch Verfassungsvorschriften, gemessen an der gleichen Verfassung, verfassungswidrig sein können ("verfassungswidriges Verfassungsrecht") ist dem deutschen Verfassungsrecht nicht fremd und gehört mittlerweile zum gefestigten Bestand der Rechtsprechung auch des Bay. Verfassungsgerichtshofes (Bay. VerfGHE 3, 28 (Leitsatz 1); 20, 125 (128); 24, 181 (189); 30, 78 (88); 32, 56 (63)). Anerkannt sind hier als Maßstab Verfassungsgrundsätze, die so elementar und so sehr Ausdruck eines auch der Verfassung vorausliegenden Rechts sind, daß sie den Verfassungsgeber selbst binden (Bay. VerGHE 2, 45 (47); 24, 181 (189) m. w. N. 30, 78 (88); Meder, Vorbemerkung 2 vor Art. 98; Maunz in Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Laforet (1952), S. 141f; ders., in Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25-jährigen Besten des Bay. Verfassungsgerichtshofes, S. 21f.) Das Heranziehen der Bay. Verfassung wäre daher durchaus denkbar. Trotzdem erscheint sie als der falsche Ansatzpunkt auf der Suche nach dem richtigen Prüfungsmaßstab. Die Stellung Bayerns im Bundesstaat stellt seine Verfassung unter den Primat der Bundesverfassung (Art. 31, 28 Abs. 1 GG). Dieser kommt daher die ausschlaggebende Bedeutung für unsere Untersuchung zu.

38 GG die Normen, die im wesentlichen den Inhalt dessen bestimmen, was die Bay. Verfassung in bezug auf das Demokratiegebot einhalten muß.
Beide - Rahmen und Inhalt - geben das (Vor-)Bild ab, dem der Bay. Senat zu entsprechen hat. Da Art. 28 GG jedoch mit Homogenisierung nicht Uniformierung meint, sondern den Ländern in begrenztem Umfang eigene Gestaltungsmöglichkeiten läßt[1], weist der Rahmen des Art. 28 GG eine beschränkte Elastizität auf, die es in der vorliegenden Arbeit im Hinblick auf das problematische Demokratieangebot auszuloten gilt.
Erörtert werden muß anschließend, ob der Senat gerade durch seine außergewöhnliche Konzeption einer verfassungsrechtlichen Integration außerparteilicher, gesellschaftlicher Kräfte noch anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien dient, die ihn allein (oder zusätzlich) zu legitimieren vermögen.

2. Die Statusfrage

a) Vergleich der äußeren Stellung

In einer großen Anzahl von Vorschriften werden die Rechte des Senats parallel zu denen des Landtags geregelt. Parallelitäten zur Staatsregierung sind dagegen nicht erkennbar.

Dies gilt einmmal für die persönlichen Rechte der Senatoren. So wird hinsichtlich Immunität, Indemnität und Zeugnisverweigerungsrecht in Art. 38 Abs. 2 BV auf die sinngemäße Anwendung der für den Landtag geltenden Vorschriften der Art. 27 mit 31 BV verwiesen. Diese Verweisung umfaßt auch die Freifahrt auf allen staatlichen Verkehrseinrichtungen (Art. 31 BV) und den Urlaubsanspruch gegen den Arbeitgeber (Art. 30 BV).

---

1) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 17.

Auch bezüglich der Inkompatibilitäten bzw. Kompatibilitäten bestehen Gemeinsamkeiten zwischen Senat und Landtag. So dürfen etwa die Berufsrichter und der Präsident des Bay. Verfassungsgerichtshofes weder Mitglied des Landtags, noch des Senats sein (Art. 68 Abs. 3 BV). Vereinbar ist das Amt des Senators aber - wie das Landtagsmandat[1] - mit einem Ministeramt in der Landes- oder Bundesregierung, sowie mit dem Abgeordnetenmandat des Deutschen Bundestages. Die Gemeinsamkeiten mit dem Landtag enden erst da, wo es um eine eigenständige Stellung des Bay. Senats diesem gegenüber geht. So besteht Unvereinbarkeit zwischen Mitgliedschaft im Senat und im Landtag (Art. 38 Abs. 1 BV). Dies ist ein Hinweis darauf, daß der Senat nicht als Teil des Landtags, sondern als eigenständiges Organ zu verstehen ist.
Dem Senat wird durch Art. 19 mit 21 SenG eine Autonomie eingeräumt (insbesondere Geschäftsordnungs- und Sitzungsautonomie und das Recht über Einnahmen und Ausgaben selbst zu verfügen), die ebenfalls der des Landtags nachgebildet ist (vgl. Art. 17, 20, 21 BV). Hinsichtlich der Verhandlungen des Senats und der Berichterstattung darüber wird ebenfalls auf die sinngemäße Anwendung der für den Landtag geltenden Vorschriften verwiesen (vgl. Art. 22 SenG). Das gleiche gilt für das Zitierungsrecht des Senats und das Zutritts- und Anhörungsrecht der Staatsregierung (Art. 24 SenG). In der äußeren Stellung, so zeigen diese vorgenannten Vorschriften, ist der Bay. Senat dem Landtag weitgehend gleichgestellt[2].

b) Vergleich der materiellen Stellung

Ungleich komplexer stellt sich der Vergleich der Aufgabenbereiche, der Funktionen, dar. Jedoch lassen sich auch hier überwiegende Ähnlichkeiten mit der legislatorischen Funktion feststellen, während Verbindungen zum exekutivischen

---

1) ders., aaO, Art. 66, RdNr. 1.

2) Zacher, Struktur und Stellung des Bay. Senates, S. 10.

Bereich (Staatsregierung) schwach ausgeprägt sind. So lassen sich beim Senat Regierungsfunktionen[1] nicht erkennen.
Daß die Bay. Verfassung Staatsregierung und Bay. Senat als Gesetzesinitiativberechtigten nennt (Art. 71 Abs. 1 BV), erbringt kein überzeugendes, zur Exekutive weisendes Zuordnungskriterium, da auch die Legislative (Bay. Landtag, Art. 71 BV, wie im übrigen auch der Bundestag, Art. 76 Abs. 1 GG) zu den Initiativberechtigten zählt. Darüberhinaus erscheint die auf schnelle und leitende Entscheidungen hin konzipierte Regierung[2] besser für eine Führungsrolle im Bereich der Gesetzesinitiative geeignet, die sie deshalb auch tatsächlich spielt[3]. Der Bay. Senat mit seiner Nachbildung des Parlamentarischen Procedere weist hier eher eine Verwandtschaft mit dem Landtag, als mit der Staatsregierung auf.

Eine Verbindung des Bay. Senats zum Gesetzesvollzug fehlt überdies ganz. Gerade dieser prägt aber die Staatsregierung in ganz besonderer Weise (vgl. Art. 55 Nr. 2 S. 1 BV). Vollzug der Gesetze bedeutet dabei für die Staatsregierung als Spitze der Exekutive nicht Anwendung der Gesetze auf den Einzelfall, sondern die Koordination der Gesetzesanwendung, die verantwortliche Oberleitung über die

---

1) Die Regierung als abgrenzbarer Teil der Exekutive mit spezifischen von der reinen Vollzugsverwaltung zu trennenden Aufgaben ist heute allgemein anerkannt: Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20, "Gewaltenteilung", RdNr. 96; Hesse, Grundrüge, RdNr. 531ff (S. 201ff); Meder, Art. 5, RdNr. 3; Stern, Staatsrecht, Bd. 2, S. 537; Scheuner, Der Bereich der Regierung, S. 253ff. Kritisch: Frotscher, Regierung als Rechtsbegriff, S. 193ff, der im Regierungsbegriff vor allem monarchistisches Gedankengut sieht (vgl. S. 233).

2) Hesse, RdNr. 531 (S. 201). Die Staatsregierung ist als Kollegialorgan aufgebaut (Art. 43 Abs. 2 BV), verfügt aber schon von der relativ geringen Anzahl seiner Mitglieder her (Art. 43 Abs. 2, 50 Abs. 2, 49 Abs. 1 BV: Ministerpräsident, Minister und Staatssekretäre, insgesamt 17 Personen) über eine überschau- und berechenbare Entscheidungsstruktur (Entscheidungen fallen mit Stimmenmehrheit; bei Stimmengleichheit hat der Ministerpräsident den Stichentscheid, Art. 54 BV). Diese organisatorische Gestaltung bringt ein Element der Dynamik und Anpassungsfähigkeit in die Arbeit der Regierung; sie ist auf Entscheidungsfindung hin konzipiert.

3) Dobiey, S. 68.

nachgeordneten Vollzugsbehörden durch Erlaß von Ausführungs- und Verwaltungsanordnungen (Art. 55 Nr. 2 S. 2 BV). Ferner wird sie durch ein reichhaltiges und weitgefächertes Instrumentarium zur Einflußnahme auf die Verwaltung unterstützt. Erwähnt seien nur Personalhoheit (Art. 55 Nr. 4 BV), Dienstaufsicht (Art. 55 Nr. 6 BV), Weisungsbefugnis gegenüber der Staatsverwaltung (Art. 55 Nr. 5 S. 1 BV), sowie die Aufsicht über die nichtstaatliche Verwaltung (Art. 55 Nr. 5 S. 2 BV). Eine vergleichbare Stellung des Senats zum Gesetzesvollzug besteht nicht. So läßt allenfalls, wie oben S. 85 festgestellt, das Antragsrecht des Senats (nach Art. 39 BV, Art. 22 Abs. GeschO des Senats) Aktivitäten in bezug auf den exekutivischen Bereich erkennen. Diese sind jedoch schon deswegen nicht vergleichbar, weil sie auf eine Reaktion der Staatsregierung abzielen, nicht jedoch auf unmittelbare Wirkungen in der Vollzugsverwaltung. Sie respektieren also geradezu den exklusiven Einfluß der Staatsregierung.

Daneben stehen dem Senat aber auch weitergehende Leitungsfunktionen nicht zu, die für die Regierungstätigkeit typisch sind. So weist schon der Begriff der Richtlinienbestimmung (Art. 47 Abs. 2 BV, Art. 65 GG) weit über die reine Gesetzesinitiative oder die Koordination des Gesetzesvollzugs hinaus. Es werden Zielvorstellungen entwickelt und daraus Leitlinien für die Zukunft aufgestellt ("konzeptionelle Initiative"[1]), sowie Maßnahmen getroffen, die sich gesetzgeberischer Mittel deshalb entziehen, weil die Frage kommender Maßnahmen schwer berechenbar oder nicht voraussehbar und die Eingliederung in ein abstrakt - generelles Gesetz daher unmöglich ist. Dies gilt etwa für die Konjunktur- und Strukturpolitik[2].

Auch die Außenkontakte des Freistaates Bayern, die im Bundesstaat im wesentlichen noch die Beziehungen zu den anderen Bundesländern und zum Bundesstaat selbst umfassen, liegen bei der Staatsregierung. So vertritt der Ministerpräsident

---

1) Ebenda.

2) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20, Gewaltenteilung, RdNr. 112/113, der zutreffend feststellt, daß man hier kaum konkreter werden kann, als in § 1 StabG.

Bayern nach außen (Art. 47 Abs. 3 BV) und schließt Staatsverträge ab (Art. 72 Abs. 2 BV)[1]. Solche umfassenden konzeptionellen Mittel fehlen dem Bay. Senat. Sein Tätigkeitsfeld wird mehr durch die Reaktion, als die Aktion charakterisiert. Seine wichtigsten Aufgaben sind, wie auch in der Praxis nachgewiesen, die Begutachtung und die Einwendungen. In beiden Fällen wird er aber nur auf Aufforderung bzw. Handeln anderer Staatsorgane hin tätig. Die Gutachten fordert die Staatsregierung an (Art. 40 S. 1 BV), die Einwendungen erfolgen nach Beschlußfassung des Landtags. Instrumente zur aktiven politischen Betätigung (vor allem Gesetzesinitiativen) werden dagegen nur zögernd eingesetzt und sind von geringer praktischer Bedeutung (vgl. S. 86ff).

Demgegenüber sind beim Senat legislatorische Funktionen deutlicher auszumachen. Die Gesetzgebung, d. h. die Beratung und vor allem Verabschiedung von Gesetzen, steht bei der Legislative beherrschend im Mittelpunkt[2] (vgl. beim Bay. Landtag: Art. 72 Abs. 1 BV). Dies findet seine Bestätigung in einer außergewöhnlich starken Absicherung durch den Grundsatz des Vorbehalts bzw. Vorrang des Gesetzes (Art. 70 Abs. 1, 55 Nr. 1, 3 BV; Art. 20 Abs. 3 GG). Auch die Entscheidungsstruktur der Legislativorgane ist auf diese Hauptaufgabe[3] hin ausgerichtet. Sie ist nicht für schnelle, sondern für

---

1) Dabei ist er auf die vorherige Zustimmung des Landtags angewiesen.

2) Vgl. BVerfGE 34, 59ff, das Gericht rückt die Gesetzgebungsfunktion in den Mittelpunkt. Teilweise andere Tendenzen weist das neuere Schrifttum auf. Hier werden die politische Führungsrolle oder die Kontrollrechte stärker betont (vgl. Achterberg, Grundzüge des Parlamentsrechts, S. 50; Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, S. 9ff).

3) Die Entscheidungsstruktur ist schwerfällig (Anzahl der Abgeordneten 204 zuzüglich eventueller Überhangmandate; Beschlußfassung grundsätzlich mit einfacher Mehrheit; bei Stimmengleichheit ist der Beschlußantrag abgelehnt).

widerstreitende Interessen optimal ausgleichende Entscheidungen ausgelegt. Hinsichtlich dieser parlamentarischer Struktur ergeben sich deutliche Parallelen zum Bay. Senat (vgl. S. 95ff). Bei den materiellen Aufgaben jedoch, den Funktionen innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens, zeigen sich erhebliche Abweichungen vom Normalbild eines Legislativorgans. Die Unterschiede scheinen hier auf den ersten Blick sogar auffallend groß zu sein. Weder die Gesetzessanktion, vorallem nicht das Recht der Haushaltsfeststellung, noch die Zustimmung zum Abschluß von Staatsverträgen gehören zur Kompetenz des Bay. Senats. Damit werden wesentliche legislatorische Funktionen anderen Organen (dem Landtag) überlassen. Darüber darf jedoch nicht vergessen werden, daß der Senat dennoch intensiv in das Gesetzgebungsverfahren eingeschaltet ist. Über das Begutachtungsverfahren beispielsweise kann der Senat frühzeitig, oft - so im verfassungsrechtlich gerantierten Normalfall - noch vor dem Landtag auf den Gesetzentwurf einwirken. In den geschilderten Fällen, in denen der Gesetzentwurf Landtag und Senat gleichzeitig zugeleitet wird (vgl. den Beispielsfall S. 56ff), und es zu einer de-facto-Erteilung des Gutachtens an den Landtag kommt, tritt der Senat zusätzlich als Berater neben den Landtag und hat damit besonderen Anteil am parlamentarischen Gesetzgebungsvorgang. Das Einwendungsrecht schließlich integriert den Senat auch formell in das parlamentarische Verfahren. Die Einschaltung des Senats wird notwendiger Bestandteil des Gesetzgebungsvorgangs; bei Mißachtung dieses Erfordernisses kommt kein Gesetz gültig zustande. Damit werden zwar die Essentialia der Gesetzgebung dem Landtag überlassen, der Senat nimmt aber doch unabdingbar daran teil.

Kreationsfunktionen, als ein wichtiges Merkmal des parlamentarischen Regierungssystems[1], die bei der Wahl der baye-

---

1) Graf Vitzthum, S. 282ff.

rischen Staatsregierung, abweichend von der grundgesetzlichen Regelung (bei der nur der Bundeskanzler vom Parlament gewählt wird, Art. 63 Abs. 1, 64 Abs. 1 GG) sehr weitgehend gestaltet sind, kann der Bay. Senat in keiner Weise wahrnehmen. Neben dem Recht des Landtags, der nicht nur den Ministerpräsidenten wählt (Art. 44 Abs. 1 BV), sondern auch der Berufung von Staatsministern und Staatssekretären (Art. 45 BV) und sogar der Bestimmung des stellvertretenden Ministerpräsidenten (Art. 46 BV) zustimmen muß[1], hat der Bay. Senat keine entsprechenden oder auch nur begleitenden Rechte.

Bezüglich der Kontrollfunktionen, die der Legislative traditionell Einfluß und damit Profil verschafft haben[2], kann der Bay. Senat einmal an einen Bestand von formalisierten Rechten, vor allem aber an seine Beteiligungsrechte im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens anknüpfen.

Die formalisierten Kontrollrechte, wie sie dem Landtag mit Interpellations- und Zitierungsrecht (Art. 24 Abs. 1 BV) oder Enquêterecht (Art. 25 BV) einerseits für die der Kontrolle vorgelagerten Informationsbeschaffung andererseits für die eigentliche Kontrolle zustehen, sind beim Bay. Senat unterschiedlich stark ausgeprägt. Ein Enquêterecht ist zwar vorgesehen (Art. 26 SenG), setzt aber neben der sachlichen Beschränkung auf die "Prüfung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Verhältnisse des Landes" das Einvernehmen

---

1) Die Organisationsgewalt liegt in der Bay. Verfassung also in weit höherem Maße in den Händen der Volksvertretung, als beim Bund. Dagegen ist die Abberufung der Staatsregierung dem Landtag weitgehend aus den Händen genommen und im Streitfalle der Jurisdiction (Bay. Verfassungsgerichtshof) übertragen. Der Ministerpräsident und mit ihm notwendigerweise die gesamte Regierung (Art. 44 Abs. 3 BV) kann entweder freiwillig zurücktreten, oder muß es tun, wenn es "geboten" ist, weil die politischen Verhältnisse ein vertrauensvolles Zusammenarbeiten zwischen ihm und dem Landtag unmöglich machen (Art. 44 Abs. 3 S. 2 BV). Wann dies der Fall ist, entscheidet bei Weigerung des Ministerpräsidenten der Bay. Verfassungsgerichtshof (Art. 64 oder u. U. 59 BV); das Verfahren kann allerdings der Landtag als Antragsteller in Gang bringen.

2) Dobiey, S. 63.

der Staatsregierung voraus, was seine Kontrollmöglichkeiten stark mindert. Praktische Bedeutung hat dieses Recht daher auch nicht erlangt. Ein Petitionsrecht mit seinen Informations- und Kontrollfunktionen[1] könnte nach überwiegender Ansicht zwar auch dem Senat zustehen[2]. Er ist als Petitionsadressat anerkannt[3]. Jedoch hat er sich diese Stellung über seine Geschäftsordnung selbst genommen (Art. 28 Abs. 1 GeschO des Bay. Senat). Jedenfalls aber ist das Zitierungs- und Interpellationsrecht des Senats dem des Landtags angeglichen. Art. 25 SenG verweist auf die Vorschriften für den Landtag (Art. 24 BV).

Darüberhinaus darf nicht vergessen werden, daß sich auch während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens vielfältige Möglichkeiten bieten, kontrollierend auf die Exekutive einzuwirken[4]. Neben den angestammten, formalisierten Kontrollrechten bietet also die Gesamttätigkeit des Parlaments in diesem Bereich, wenn man sie in den großen Zusammenhang der als gewaltenhemmender Gesamtprozeß gedachten Gewaltenteilung stellt, eine Vielzahl von Kontrollfunktionen. Es handelt sich um eine formenübergreifende Kontrolle, die sich beim Parlament an der zugewiesenen Hauptaufgabe (Teilnahme am Gesetzgebungsverfahren, Erlaß der Gesetze) orientiert, aber infolge ihres Prozeßcharakters bei gesonderter Darstellung der rein formalen Gesetzgebungsrechte nur unvollkommen gewürdigt werden kann. Es entsteht ein hier im Detail nicht darstellbares Kontrollgeflecht zwischen Parlament und Regierung, das in seiner Dichte der materiellen Aufgabenverschränkung von Exekutive und Legislative korres-

---

1) Meder, Art. 115, RdNr. 43 unter Verweis auf BayVerfGHE 10, 20f (23).

2) Vgl. Meder, Art. 115, RdNr. 3; VerfGHE 20, 138; a.A. Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 39, RdNr. 2; siehe auch Art. 28 Abs. 1 GeschO des Senates.

3) Bay. VerfGHE 20, 138.

4) Graf Vitzthum, S. 334f.

pondiert. Der Bay. Senat hat zwar im Vergleich zum Landtag in diesem materiellen Bereich anders geartete Rechte, trotzdem erzeugen sie vom Ansatz, nicht unbedingt von ihrer Intensität her vergleichbare Kontrollmöglichkeiten. Die Kontrolle des Senats zielt dabei in zwei Richtungen. Hauptsächlich wird, ähnlich wie beim Landtag, jedoch mit anderen Instrumenten, nämlich Begutachtung, Einwendungen, Anträge etc. ein kontrollierender Effekt gegenüber der Regierung erreicht. So werden, um hier aus dem komplexen Kontrollprozeß nur einige wichtige Elemente beispielhaft herauszustellen, Gesetzentwürfe der Regierung einer genauen gutachtlichen Würdigung unterzogen. Dabei stellt sich die Regierung - wie oben S. 56ff an Beispielen illustriert - normalerweise ausführlich den Bedenken des Senats und es kommt zumindest in den Senatsausschußsitzungen zu einer kritischen Kooperation zwischen Senat und Regierung. Der damit verbundene organisierte, öffentliche Oberprüfungscharakter, den das Senatsverfahren annimmt (auch die Ausschußsitzungen sind ja öffentlich), verbunden mit einer Art Rechtfertigungszwang für die Regierung bei Kritik an ihren Gesetzentwürfen führt zu zahlreichen kontrollierenden Einblicken in die Regierungstätigkeit, macht ihre Ziele und Methoden deutlich. In anderer Form findet sich dies auch in den bereits ausführlich beschriebenen (S. 85ff) Dialogen zwischen Senat und Staatsregierung im Rahmen der Anträge nach § 22 Abs. 2 der GeschO des Senats. Auch hier führt ein intensiver Kontakt in Frage- und Antwortform zu kontrollwirksamer Transparenz der Regierungstätigkeit.

Schon dieser kurze, für unsere Belange ausreichende, Ausschnitt aus dem Kontrollgeflecht, in dem der Bay. Senat sich befindet, macht die senatoriale Kontrollkapazität gegenüber der Regierung deutlich.

Andererseits aber hat der Senat auch Kontrollmöglichkeiten gegenüber der Schwesterkammer, dem Landtag. Wichtigstes Instrument ist hier das Einwendungsrecht. Es ermöglicht die

kritische Überprüfung des gesamten Gesetzgebungsverfahrens und hat das "verzögernde Veto" als Sanktion im Hintergrund. Damit steht nicht nur der Regierungsentwurf auf dem Prüfstand, sondern auch die Behandlung der Materie im Landtag, vorallem die Frage, ob den gutachtlichen Bedenken des Senats gefolgt wurde. Dadurch rückt auch die Tätigkeit des Landtags in den Kontrollbereich des Senats.
Wegen der institutionellen Schwäche des Einwendungsrechts, auf die bereits ausführlich hingewiesen wurde (vgl. S. 74ff), wird jedoch der Gesamtcharakter des Senats als ein hauptsächlich die Regierung kontrollierendes Organ nicht verwischt. Dennoch bleibt die spezifische, doppelte Kontrollfunktion des Senats sichtbar, die ihn zum eigenständigen Bauelement des Gesamtkontrollnetzes macht, das zwischen Exekutive und Legislative besteht. Dabei weiß er sich allerdings, was die Kontrollrichtung angeht, stärker der Legislative als der Exekutive verbunden. Dies bestätigt auch das parallel zum Landtag geregelte und die Kontrollfunktion des Senats unterstützende Öffentlichkeitsprinzip (Art. 22 SenG i. V. m. Art. 22 Abs. 1 BV), das nicht nur einen zwingenden Bestandteil des Verfassungsrechts, sondern gerade auch ein wesentliches Element des Parlamentarismus darstellt[1], denn mit Hilfe des Öffentlichkeitsprinzips kann eine Reihe wichtiger Aufgaben durch das Parlament besser erfüllt werden, als durch die Staatsregierung, die grundsätzlich nicht öffentlich verhandelt[2]. So wird die

---

1) Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 22, RdNr. 2; vgl. für den Bundestag: Graf Vitzthum, S. 234ff. Maunz in M/D/H/Sch Art. 42 RdNr. 1.

2) Zwar tritt auch die Staatsregierung an die Öffentlichkeit, etwa durch Pressemitteilungen, Pressekonferenzen etc. doch liegt der Unterschied zum Parlament darin, daß es die Staatsregierung weitgehend in der Hand hat, wann und welche Informationen sie an die Öffentlichkeit gibt. Während der Bay. Landtag grundsätzlich sowohl im Plenum (Art. 22 BV), als auch, im Gegensatz zum Bundestag, in den Ausschüssen (§ 32 Abs. 1 GeschO d. Landtags, Art. 25 Abs. 3 BV) öffentlich tagt, und die Nichtöffentlichkeit die Ausnahme darstellt (§ 32 Abs. 1 und 2 GeschO d. Landtags, Art. 25 Abs. 3 BV), ist es bei der Staatsregierung genau umgekehrt. Sie ist der Öffentlichkeit gegenüber grundsätzlich verschlossen und kann davon nach eigenem Ermessen Ausnahmen machen.

Kontrolle, die die Parlamente ausüben, durch die Kontrolle der Öffentlichkeit erweitert und Verantwortlichkeiten können öffentlich sichtbar gemacht werden[1]. Gleichzeitig kann die auf diese Weise informierte Öffentlichkeit auf vielfältige Art und Weise auf die parlamentarischen Prozesse zurückwirken, so wie auch das Parlament umgekehrt die öffentliche Meinung beeinflußt[2]. Es wird also eine besondere Verbindung der Öffentlichkeit mit dem Staat, eine Integration erzielt, wie sie die Exekutive nicht erreichen kann. Ausgehend von diesem im Bay. Senat verwirklichten Öffentlichkeitsprinzip, einer Grundlage des Parlamentarismus[3], und durch die Zusammenschau der anderen soeben verglichenen Funktionen zeichnet sich insgesamt eine Affinität des Senats zur Legislative, zum Parlament, ab.

Es wird deutlich, daß nicht zwingend von einer beratenden Tätigkeit des Bay. Senats, seiner Hauptfunktion, auf eine organisatorische Zuordnung zur Exekutive etwa im Sinne eines Beirates[4] geschlossen werden kann. So hat auch das Bundesverfassungsgericht eine Zeitlang die Möglichkeit gehabt, zu bestimmten verfassungsrechtlichen Fragen Gutachten zu erstatten[5] (was erst durch Novellierung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes im Jahre 1956 wieder abgeschafft wurde)[6], ohne daß Jemand es deshalb der Exekutive zugeordnet hätte. In diesem Sinne zeigten auch für den Senat die oben behandelten Fallbeispiele (vgl. S. 56ff, 69), daß die gutachtliche Senatstätigkeit sich - durch besondere Verfahrensweisen der Staatsregierung begünstigt - in verstärktem Maße materiell beratend an den Landtag und keineswegs

---

1) Eichenberger, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, S. 288; Dobiey, S. 65.

2) Dobiey, S. 66.

3) Graf Vitzthum, S. 234.

4) Man denke etwa an Ausländerbeiräte, Jugendbeiräte etc.

5) § 97 BVerfGG vom 12. März 1951 (BGBL I, S. 243ff).

6) Gesetz vom 21. Juli 1956 (BGBL I, S. 662).

ausschließlich an die Staatsregierung richtet, ja oft beim Landtag erst ihre eigentliche Wirkung entfaltet. So wurde etwa auf den Einfluß der Senatsgutachten im Rahmen der Arbeit der Landtagsausschüsse hingewiesen (vgl. S. 76). Demnach geht beim Bay. Senat die vordergründige Gleichung, die Beratung mit Zuordnung zum exekutivischen Bereich gleichsetzen will, nicht auf. Im Gesamtüberblick läßt sich im Gegenteil sagen, daß die Stellung des Bay. Senats neben dem Landtag und der Staatsregierung gegenüber zu finden ist[1]. Die Summe seiner Rechte und nicht zuletzt das auch bei ihm verwirklichte Öffentlichkeitsprinzip verleihen ihm den Charakter eines (primär) legislatorischen Organs.

Dieses Ergebnis wird in Rechtsprechung und Schrifttum geteilt.
Soweit ersichtlich, war die einzig divergierende Gerichtsentscheidung die des Finanzgerichts München vom 21.03.1966 (AZ FG I 48/66), in der die Entbindung eines Senators vom Amt des ehrenamtlichen Richters zur Entscheidung stand (§ 19 Nr. 1 FGO). In diesem Zusammenhang war der Begriff "gesetzgebende Körperschaft" auszulegen. Das Finanzgericht engt den Begriff auf "gesetzgebende Gewalt" i. S. v. Art. 5 Abs. 1, 4, 13 BV ein, geht dann von der an sich richtigen Feststellung aus, daß der Senat keine "Volksvertretung" i. S. v. Art. 5 Abs. 1 BV sei[2], zieht daraus aber den falschen Schluß, daß daher auch keine gesetzgebende Körperschaft vorliege.
Der Bundesfinanzhof hat diese Entscheidung daher auch aufgehoben unter Hinweis auf die Unterschiede zwischen den Begriffen "gesetzgebende Gewalt" und "gesetzgebende Körperschaft". Die besondere Beachtung der gesetzgeberischen Funktionen des Bay. Senats veranlaßten,ihn den Senat unter die

---

1) Zacher, Struktur und Stellung, S. 10; Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 34 RdNr. 2.

2) Die Verneinung des Senats als "Volksvertretung" findet sich insbesondere bei Meder, Art. 5 RdNr. 2; Schweiger in N/L/Sch/Z,Art.5 RdNr.5, Art.34 RdNr.2; Zacher, Gutachten, S.99 bejaht hingegen offenbar den Charakter als Volksvertretung.

gesetzgebenden Körperschaften i. S. der FGO einzureihen (Beschluß v. 27. Mai 1966, AZ V II B 4/66).
Eine ähnliche Entscheidung im Hinblick auf § 22 VwGO, der analog § 19 FGO Hinderungsgründe für Laienrichter regelt, hatte bereits am 16. Mai 1961 der Bay. Verfassungsgerichtshof getroffen (AZ 15 V/61). Inzwischen besteht hier eine gefestigte Rechtsprechung, die den Senat als gesetzgebende Körperschaft anerkannt (vgl. Bay. VerfGHE 20, 138ff; 32. 56 (65)).
Doch die beschriebene zeitweilige Divergenz in der Rechtsprechung spiegelt die eigentümliche Stellung des Bay. Senats wieder. Der Gesetzesbefehl, die Gesetzessanktion, ist tatsächlich nicht seine Aufgabe; eine so verstandene gesetzgebende Gewalt steht dem Bay. Senat nicht zu. Aber ohne seine Mitwirkung (sei es durch Gutachten, sei es im Rahmen des Einwendungsverfahrens) kommt andererseits kein Gesetz rechtsgültig zustande. Daher steht die Eigenschaft des Senats als eine an der Gesetzgebung mitwirkende, als eine "auch gesetzgebende" Körperschaft, in der Rechtsprechung richtigerweise außer Frage.

In der Literatur ist das Bild zwar nicht ganz einheitlich, doch zeigen sich auch hier eindeutige Tendenzen, soweit vom Bay. Senat überhaupt Notiz genommen wird, ihn unter die gesetzgebenden Körperschaften einzureihen.
Die bayerische Verfassungskommentarliteratur läßt in diesem Sinne keine Zweifel aufkommen. Sowohl Meder als auch Nawiasky - Leusser u. a. ordnen den Bay. Senat der gesetzgebenden Körperschaft zu[1)].
Im übrigen bieten sowohl die Bundesverfassung (Art. 17, 55 Abs. 1 GG), wie auch diverse andere Gesetze (§ 19 Nr. 1 FGO, § 22 VwGO, §§ 36, 105 StGB, §§ 50 Abs. 1, 152 a StPO, um

---

1) Meder, Art. 39 RdNr. 1; Schweiger in N/L/Sch/Z, Art.5 RdNr.6, Art.34 RdNr.2.

hier nur eine Auswahl zu bringen) Gelegenheit, sich zur Einordnung des Senats zu äußern.
Zu Art. 17[1] und 55 Abs. 1[2] GG wird durchgängig auch der Senat als Petitionsadressat[3], beziehungsweise die Mitgliedschaft in ihm als unvereinbar mit dem Amt des Bundespräsidenten[4] gesehen.
In §§ 36[5], 105[6] StGB ist die Kommentarliteratur hingegen nicht einheitlich. Während Dreher / Tröndle[7] dem Bay. Senat positiv erwähnen, legt Schönke / Schröder[8] strengere Maßstäbe an, indem er verlangt, daß das in Frage stehende Organ die Befugnis zum Erlaß formeller Gesetze haben müsse, was für den Senat bekanntlich nicht zutrifft. Auch in Kommentierungen zu § 152 StPO[9] wird der Senat als relevante Körperschaft genannt[10]. Im übrigen bezeichnet man ihn wenigstens als "zweite Kammer"[11], was letztlich die Zugehörigkeit zur Legislative dokumentieren soll.

Alles in allem lassen bereits diese Vorschriften erkennen, daß der Bay. Senat vom Schrifttum tatsächlich überwiegend in die legislative Gewalt eingeordnet wird[12].
Auch die Ergebnisse aus den Untersuchungen der Arbeitsweise stehen den hier gefundenen nicht entgegen, sondern bestätigen sie.
Auf die weitgehende Hinwendung des Senats zur beratenden Tätigkeit und die "Durchdringung" fast aller Tätigkeits-

---

1) Hier kommt eine Subsumtion des Senats unter "Volksvertretung" oder "zuständige Stelle" in Betracht.

2) Vgl. "gesetzgebende Körperschaft... eines Landes"

3) Dürig in M-D-H-Sch, Art. 17 RdNr. 58; v. Mangoldt-Klein Bd. 1, S. 512; Brückmann, Art. 17 I 1 d B.

4) v. Mangoldt-Klein Bd. 2, S. 1089.

5) "Gesetzgebungsorgan eines Landes"

6) Vgl. FN 5.

7) Dreher/Tröndle, § 36, RdNr. 3, § 105, RdNr. 2.

8) Schönke/Schröder, § 36, RdNr. 3 mit wechselseitigem Verweis auf Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber, § 36 RdNr. 3.

9) "Organ der Gesetzgebung".

10) Kleinknecht, § 152a STPO, RdNr. 1.

11) Ders., § 50, RdNr. 4.

12) Vgl. auch Widtmann, Ist der Bay. Senat eine gesetzgebende Körperschaft?, S. 231.

bereiche mit diesem konsultativen Charakter wurde hingewiesen.
Wenn dies auch de facto für einen Rückzug aus traditionell legislatorischen Aufgabenkreisen spricht, so ließ sich doch an Hand des Beispiels Bundesverfassungsgericht feststellen, daß eine beratende, gutachtliche Funktion noch nicht bedeutet, daß die angestammte oder vorgesehene Einordnung in eine der drei Gewalten aufzulösen ist. Die Praxis der gleichzeitigen Zuleitungen an Landtag und Senat zeigt vielmehr die institutionell bedingte und von der Praxis forcierte starke Hinwendung des Senats zum Landtag, also zur Legislative.
Sowohl bei der Staatsregierung, als auch beim Senat scheint sich damit - die langanhaltende und kaum zu verändernde Praxis spricht hier eine deutliche Sprache - die verfassungssystematisch richtige Ansicht durchgesetzt zu haben, daß der Bay. Senat neben dem Landtag und nicht neben der Regierung steht.

3. Die Demokratiefrage

a) Der Maßstab und seine Verletzung

Kaum ein verfassungsrechtlicher Begriff ist so unterschiedlichen Deutungen unterlegen, wie der Demokratiebegriff[1]. Was unter "Demokratie" zu verstehen ist, steht im Spannungsfeld der gegensätzlichen Auffassungen und Weltanschauungen. "Dieser Vielfalt gegenüber kann die verfassungsrechtlich maßgebliche Bedeutung des Begriffs nur anhand der konkreten Ausformungen durch die Verfassung gewonnen werden"[2].

---

1) Vgl. den Oberblick bei Hans Peters, Stichwort "Demokratie" im Staatslexikon Recht-Wirtschaft-Gesellschaft, 2. Bd. 6. A.,Freiburg 1958, Sp. 560ff.

2) Hesse, Grundzüge, RdNr. 127.

Selbstverständlich ist, daß nicht alle denkbaren Konkretisierungen bei unserer Untersuchung eine Rolle spielen können, sondern nur die für den Untersuchungsgegenstand relevanten. So ist beispielsweise das Mehrheitsprinzip[1] mit seinem Minderheitenschutz hier weitgehend irrelevant. In den Vordergrund rücken vielmehr zwei Prinzipien, die schon in Art. 20 GG selbst als Konkretisierungen des Demokratiegebots genannt werden[2],

- das Prinzip der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) und
- das Prinzip der Repräsentation (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG - "besondere Organe" i. V. m. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG - "ganzes Volk","an Aufträge und Weisungen nicht gebunden"), das vielfach gleichgesetzt wird mit dem Prinzip der mittelbaren Demokratie[3].

Daneben kommt vor allem dem Gleichheitsprinzip Bedeutung zu[4], das vornehmlich bei der Volkssouveränität eine wichtige Rolle spielt.

aa) Das Prinzip der Volkssouveränität

Der Grundsatz der Volkssouveränität findet heute durch Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG seine verfassungsrechtliche Ausformung in der überkommenen Formulierung "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus". Dabei ist dieses Prinzip nicht anfänglich demokratischen Ursprungs, sondern hat schon das Hoch- und Spätmittelalter beherrscht[5]. Der Kern der Volkssouveränität, nämlich die Frage der Legitimierung von Macht, ist ein grundlegendes Problem des Verhältnisses von Herrscher und Be-

---

1) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 14ff.

2) Ders., aaO, RdNr. 2ff.

3) Gegen die Gleichsetzung von repräsentativer und mittelbarer Demokratie, ders., aaO, RdNr. 62; aber auch Herzog nimmt eine enge Verbindung an.

4) Vgl. Peters, Sp. 564.

5) Herzog, Staatslehre, S. 49.

herrschten; es ist die Suche nach der Quelle der Herrschaftsgewalt und daher noch älter, als der Gedanke der Volkssouveränität an sich. So lassen sich etwa Verbindungen bis in germanische Zeiten zurückverfolgen[1]. Bevor das Volk als Quelle der Macht,als seine Legitimitätsgrundlage, in den Vordergrund trat,überwogen transzendentale Überlegungen - also die Herleitung der Herrschaftsgewalt von Gott - im staatstheoretischen Denken. Erst der Konflikt zwischen Papst und Kaiser und die Bestrebungen des letzteren, den Nachweis zu führen, daß er nicht unter dem Primat des Papstes stehe, führten auf der Suche nach neuen, irdischen Herrschaftsquellen zum Volk als naheliegendem Anknüpfungspunkt[2]. Die daraus resultierende Volkssouveränitätslehre der vor-rousseauschen Zeit, vertreten von den Staatsphilosophien des weltlichen Naturrechts, orientierte sich dabei an dem Vertragsgedanken, der von der Übertragung der Herrschaftsgewalt vom Volk auf den Herrscher, also von einer delegierten Gewalt, ausging[3]. Die Volkssouveränität wurde auf diesem Weg aber als theoretische Konstruktion[4], als Idee[5], bestenfalls noch als einmaliges historisches Ereignis verstanden[6]. Das Volk war lediglich der letzte gedankliche Anknüpfungspunkt des staatlichen Wirkens[7] ohne realpolitische Auswirkungen. Die Staatsgewalt ging zwar "vom Volke aus", aber in einer mehr theoretisch-historischen, nicht in einer praktisch-politischen Art und Weise[8].

---

1) Graf Kielmannsegg, S. 22.

2) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 34; ders., Staatslehre, S. 48/49.

3) Ders., Staatslehre, S. 50.

4) Ders., in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 35.

5) Maunz, Staatsrecht, S. 40/41.

6) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie); RdNr. 35.

7) Maunz, Staatsrecht, S. 40/41.

8) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 35.

Die Wendung von der Volkssouveränität als Idee zu einem politischen Postulat vollzog sich bei Rousseau[1]; die Demokratisierung der Volkssouveränitätslehre hatte begonnen und bestimmt heute wesentlich diesen Grundsatz mit. Dadurch ergibt sich eine Wechselwirkung derart, daß die Volkssouveränität das demokratische Prinzip, aber gleichzeitig auch umgekehrt das Demokratieprinzip das Volkssouveränitätsprinzip konkretisiert, oder anders ausgedrückt, Art. 20 I GG wird durch Art. 20 II S. 1 GG erklärt, aber Art. 20 II 1 engt Art. 20 I GG auch wieder in Richtung auf eine demokratische Volkssouveränität ein[2]. Der Gedanke der Volkssouveränität findet damit Zugang zum Bereich des Praktisch-Politischen, des konkret Erfahrbaren, und nur so kann er heute verstanden werden.

Die Ausgestaltung der Volkssouveränität erweist sich jedoch in einer mittelbar ausgestalteten Demokratie[3], wie sie trotz einiger plebiszitärer Anklänge das GG aber auch die BV[4] darstellen, als problematisch, weil der Bereich des konkret Erfahrbaren für das Volk im wesentlichen auf eine souveräne Handlung beschränkt wird, nämlich die Wahl zum Bundestag, Landtag etc. Im übrigen übernehmen Organe (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) weitgehend die Ausübung der Staatsgewalt an Stelle des hier in einer modernen Massendemokratie faktisch überforderten[5] Volkes. D. h. in der mittelbaren Demokratie stellt sich in aller Schärfe das Legitimitätsproblem und muß sich automatisch in besonderer Weise auf die Wahlen konzentrieren, denn nur Wahlen sind heute realiter Anknüpfungspunkt für die Legitimität staatlicher

---

1) Maunz, Staatsrecht, S. 41.

2) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 36.

3) In der unmittelbaren Demokratie ist jedenfalls theoretisch das Prinzip der Volkssouveränität stets verwirklicht (Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 37).

4) Vgl. zu plebeszitären Tendenzen: Art. 28 Abs. 1 S. 3, 29 GG; Art. 71, 74, 75 Abs. 2, 18 Abs. 3 BV.

5) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 40.

Organe. Das führt zu einer doppelten Überlegung; einmal sind damit gewisse Grundanforderungen an die Wahl an sich und an die Berufung aller Organe, bzw. Amtswalter, zu stellen.

Die Wahl muß eine Volkswahl sein (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), die u. a. allgemein, unmittelbar und gleich ausgestaltet ist (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG)[1]. Diese Voraussetzungen erfüllt die Wahl zum Bay. Senat nicht. Eine dort eingeführte Verbandswahl - von der bloßen Ernennung der Vertreter der Religionsgemeinschaften einmal ganz abgesehen - kann nicht als Volkswahl mit den oben angegebenen Merkmalen angesehen werden.
Der Begriff der Volkswahl stellt das ganze ungeteilte Volk in den Vordergrund[2] und vermeidet gerade die Aufgliederung in berufsständische oder sonstige "Teilvölker"[3].
Dies ergibt sich aus der selbstverständlichen demokratischen Grundnorm, "daß sowohl gesellschaftliche, als auch staatliche Machtträger die ihnen zustehenden Befugnisse legitimerweise nur für (und gegen) den Personenkreis ausüben dürfen, dem sie ..... ihre Beauftragung verdanken"[4]. Damit ist der Rückgriff auf eine wirklich ungeteilte Volkswahl unerläßlich.
Dem Wahlsystem zum Bay. Senat fehlen aber wesentliche Merkmale einer demokratischen Volkswahl im Sinne des Grundgesetzes.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl hat, auch historisch gesehen, eine formale Bedeutung in dem Sinne, daß das Verbot eines Wahlmännersystems darin enthalten ist[5].

---

1) Vgl. dazu: Stern, Staatsrecht Bd. 1, S. 454.

2) Hesse, Grundzüge, RdNr. 145 (S. 56).

3) Unter Teilvölkern versteht Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 57 mögliche kleinere Quellen demokratischer Legitimation.

4) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 57; diese Grundnorm leitet sich letztlich aus dem Gleichheitssatz ab (RdNr. 58).

5) BVerfGE 7, 63ff (68); Maunz in M/D/H/Sch, Art. 38, RdNr. 43; v. Münch, Art. 38, RdNr. 21.

Materiell bedeutet es, daß dem Wähler das letzte, entscheidende Wort[1] vorbehalten bleiben muß, ohne daß zwischen seine Stimmabgabe und dem Ergebnis der Wahl noch ein freier Wille "geschaltet" wird[2]. Der so verstandene Unmittelbarkeitsgrundsatz ist für die Wahlen zum Bay. Senat nicht erfüllt. Nimmt man als hier einzig mögliches "Wahlvolk" die jeweiligen Mitglieder der Verbände und Vereinigungen an, so kann eine unmittelbare Entscheidung derselben nicht ausgemacht werden. Entweder erfolgt die Wahl über schon bestehende, von der jeweiligen Wahl völlig unabhängige Gremien, etwa den Landesausschuß des Bay. Bauernverbandes (Art. 1 Abs. 2 SenG), die Vertretungsorgane der Industrie- und Handelskammer sowie der Handwerkskammern (Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 2 SenG) oder die Ausschüsse der Spitzenorganisationen der Arbeiter, Angestellten und Beamten (Art. 4 Abs. 3 SenG), oder es werden Wahlversammlungen gebildet, die erst die Senatoren wählen, etwa bei den Vertretern der freien Berufe (Art. 5 SenG) oder den Vertretern der Wohltätigkeitsorganisationen (Art. 8 SenG). Die Wahlversammlungen selbst werden dabei nicht von den Mitgliedern, sondern wieder von Vorständen der einzelnen Organisationen gewählt (Art. 5 Abs. 1 SenG, Art. 8 Abs. 2 SenG). Das zuletzt Gesagte knüpft unmittelbar an den Gedanken des Wahlmännerverbots an, denn die Wahlversammlungen stellen nichts anderes, als eine Versammlung von Wahlmännern dar. Jedenfalls geht der Zusammenhang zwischen der Entscheidung des Wahlvolkes und der Senatorenwahl bei jedem Berufungstyp verloren. Die Wahl der Vorstände oder Vertretungsorgane erfolgt nicht mehr spezifisch für die Senatorenwahl, sondern im allgemeinen Rahmen der Verbandverfassung. Man kann also durchaus davon sprechen, daß eine spezifische Entscheidung des Wahlvolkes überhaupt nicht mehr stattfindet, sondern dauernd delegiert worden ist. Am krassesten findet sich diese Tendenz beim dritten Berufungstyp (Benennung der Ver-

---

1) BVerfGE 7, 63ff (84f).

2) BVerfGE 7, 63ff (68); Maunz in M/D/H/Sch, Art. 38, RdNr. 43.

treter der Religionsgemeinschaften), der die Wahl schon ex lege nicht mehr vorsieht. Dieser Sonderfall, der mit der Eigenart der Religionsgemeinschaften erklärt wird, überrascht umsomehr, als auch- wie erwähnt - den Kirchen Wahlen grundsätzlich nichts Unbekanntes sind.

Die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl sind Anwendungsfälle des allgemeinen Gleichheitssatzes[1], der hier allerdings in einer sehr formalen Ausgestaltung Anwendung findet[2]. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl untersagt dabei den Ausschluß von Staatsbürgern an der Wahl überhaupt, verbietet also den Ausschluß von Bevölkerungsgruppen aus politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen[3], d. h. der Kreis der Wahlberechtigten muß prinzipiell alle Staatsbürger umfassen[4], oder anders ausgedrückt, das Stimmrecht muß grundsätzlich allen Staatsbürgern zustehen[5]. Der Allgemeinheitsgrundsatz umfaßt dabei sowohl das aktive, als auch das passive Wahlrecht[6]. Der Grundsatz der Wahlgleichheit stellt eine Vervollständigung des Allgemeinheitsgrundsatzes hinsichtlich des Wertes der einzelnen Stimme dar[7]. Jede Stimme muß das gleiche Gewicht, die gleiche Kraft haben, d. h. sie muß ebenso mitbewertet werden, wie jede andere abgegebene Stimme[8]. Auch hier tritt also der Gleichheitsgedanke im Gegensatz zu Art. 3 I GG in sehr formeller Gestalt auf[9]. Jedermann soll sein aktives

---

1) Leibholz/Rinck, Art. 38, RdNr. 2 (h. Lehre und BVerfG).

2) Diesselben, Art. 38, RdNr. 3, 4a; Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 8.

3) BVerfGE 36ff (141).

4) Hesse, RdNr. 146 (S. 57).

5) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 38, RdNr. 39.

6) Ders., Art. 38, RdNr. 39ff.

7) Ders., Art. 38, RdNr. 39.

8) Ders., Art. 38, RdNr. 48.

9) Ders., Art. 38, RdNr. 49.

und passives Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben können[1].

Trotz des formalen Charakters des Gleichheitsgedankens der beiden eben kurz skizzierten Grundsätze sind sachlich gerechtfertigte Differenzierungen in engem Rahmen gestattet. "Die Interdependenz zwischen der Wahlgleichheit und der allgemeinen Gleichheit i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG zeigt sich darin, daß die formalisierte Wahlgleichheit (Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl) durch gewisse Ausnahmen, die sich als unbedingt erforderlich und geboten erweisen, in verfassungsrechtlich zulässiger Weise durchbrochen werden kann, sofern nur diese Durchbrechungen durch den allgemeinen Gleichheitssatz gedeckt werden"[2].

So galten als zwingende, den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl einschränkende Gründe seit jeher ein Mindestalter oder Entmündigung sowie Nichtseßhaftigkeit im Wahlgebiet[3], hinsichtlich der Gleichheit der Wahl etwa die Bekämpfung von Splitterparteien durch Sperrklauseln[4].
Auf den Bay. Senat übertragen ergeben sich bezüglich der Allgemeinheit der Wahl überraschend wenig Schwierigkeiten; diesem Grundsatz wird Genüge getan. Nach dem Allgemeinheitsgrundsatz muß der Kreis der Wahlberechtigten alle Staatsbürger umfassen, oder, übertragen auf den Bay. Senat, alle Staatsbürger müssen lückenlos in den Verbänden vertreten sein[5], die den Bay. Senat wählen.
Das erfordert eine Zuordnung der Staatsbürger zu den verschiedenen Verbänden. Dazu muß der "Mitgliederbestand" dieser Verbände einwandfrei ermittelbar sein. Das dies nicht

---

1) BVerfGE 34, 81ff (98).

2) Leibholz/Rinck, Art. 38, RdNr. 5.

3) Dieselben, Art. 38, RdNr. 4a; Maunz in M/D/H/Sch, Art. 38, RdNr. 40.

4) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 38, RdNr. 50.

5) Daß dabei das Wahlrecht eventuell nicht unmittelbar und vielleicht nur über verschiedene Stufen ausgeübt wird, muß dabei im Rahmen der vorliegenden Problematik unberücksichtigt bleiben. Dies ist eine Frage der Unmittelbarkeit der Wahl.

immer einfach ist, zeigt ein Blick auf Art. 35 BV. Wie setzt sich beispielsweise die personelle Basis der Land- und Forstwirtschaft zusammen? Zählen hierzu nur die selbständigen Bauern oder alle in der Landwirtschaft Beschäftigten oder sogar alle von der Land- und Forstwirtschaft Betroffenen?[1]. Ähnlich stellen sich die Fragen bei Industrie und Handel, bei freien Berufen, den Wohltätigkeitsorganisationen oder Hochschulen und Akademien (nur wissenschaftliches Personal oder auch Studenten?). Auf der anderen Seite kann aber auch bei einigen Körperschaften auf eindeutige Mitgliederverhältnisse zurückgegriffen werden; so bei den Gewerkschaften, Genossenschaften, Religionsgemeinschaften[2] oder Gemeinden und Gemeindeverbände.

So sehr lückenhaft die Ermittlung des Mitgliederbestandes damit aber auch sein mag (insbesondere provoziert die negative Koalitionsfreiheit bei einer Reihe von Körperschaften geradezu eine gewisse Lückenhaftigkeit), so sehr ist für eine allseitige Erfassung aller bayerischen Staatsbürger in Art. 35 BV gesorgt worden.

Dazu wurde entweder auf traditionell von weiten Bevölkerungskreisen frequentierte Organisationen zurückgegriffen (Religionsgemeinschaften), in Ergänzung dazu aber auch auf solche, die von der negativen Koalitionsfreiheit nicht betroffen werden und die das gesamte Volk notwendig umfaßen, so etwa Gemeinde und Gemeindeverbände.

Bei letzteren ist deshalb von Lückenlosigkeit der Erfassung auszugehen, weil jeder Einwohner Bayerns zugleich im Regelfall auch Einwohner einer Gemeinde ist; wenn dies ausnahmsweise nicht vorliegen sollte (sog. ausmärkische Gebiete), so ist er doch Kreis- oder Bezirksbürger. Die formal lückenlose Erfassung aller Staatsbürger durch die "Körperschaften" ist damit gewährleistet und daher auch die - streng formal

---

1) Zacher, Gutachten, S. 72.

2) Bei den Religionsgemeinschaften bietet dabei die Kirchensteuerpflicht einen sicheren Anhaltspunkt. Das Abstellen auf die aktuelle Integration der Mitglieder in die Kirchen, wie es Zacher, Gutachten, S. 72 andeutet, würde allerdings auch dieses Kriterium unbrauchbar machen.

gesehene - Allgemeinheit der Wahl[1] gesichert.

Die eigentliche, spezifische Schwierigkeit des Wahlsystems des Bay. Senats zeigt sich erst bei dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl.
Dieser Grundsatz wird - wie oben dargelegt - als Gleichwertigkeit oder Gleichgewichtigkeit jeder Stimme verstanden. Er kann im Bay. Senat nicht erfüllt werden. Dies resultiert aus folgenden Überlegungen.

Angenommen die bayerischen Staatsbürger würden sich ausnahmslos auf die vorgesehenen Organisationen verteilen, so würde auch dies keine Gleichgewichtigkeit der Stimmen mit sich bringen, weil die unterschiedlichen Körperschaften eine unterschiedliche Zahl von Senatoren wählen dürfen. Ein Mitglied des Bay. Bauernverbandes etwa ist beteiligt bei der Wahl von 11 Senatoren (Art. 35 Nr. 1 BV, Art. 1 Abs. 1 S. 1 SenG), ein Mitglied der Industrie- und Handelskammer oder der Handwerkskammer nur bei der Wahl von 5 Senatoren (Art. 35 Nr. 2 und 3 BV, Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 SenG). Diese Beispiele ließen sich beliebig fortsetzen.
Hinzu kommt, daß auch durch die unterschiedliche Mitgliederstärke der einzelnen Organisationen die einzelne Stimme unterschiedliches Gewicht erlangt. Es ist leicht einsehbar, daß bei relativ wenigen wahlberechtigten Mitgliedern die einzelne Stimme erheblich mehr Gewicht hat, als bei vielen Wahlberechtigten. Der Mitgliederbestand der verschiedenen Körperschaften kann erhebliche Unterschiede aufweisen. Dies wird deutlich, wenn man etwa nur an die Mitgliederzahl des Bay. Bauernverbandes[2] im Vergleich zu derjenigen der Gewerkschaften[3] denkt. Die Gewichtung der Stimme hängt damit

---

1) Auch hinsichtlich des passiven Wahlrechts muß dies bejaht werden, denn nur Mitglieder der Körperschaften haben die Chance, gewählt zu werden.

2) Mitgliederbestand z. B. 1981: 204.738 (Quelle: Tätigkeitsbericht 1982 des Bay. Bauernverbandes, S. 9).

3) Mitgliederbestand 1981: 1.355.323 (Quelle: Entschließung des Bay. Staatsministeriums des Inneren v. 26.8.1981 Nr. I A 3-123-1/1).

von der Körperschaft ab, in der man Mitglied ist. Darüberhinaus wird das Problem noch verschärft durch die möglichen Mehrfachmitgliedschaften. Man denke beispielsweise an den gewerkschaftlich organisierten Katholik, der Mitglied einer Wohltätigkeitsorganisation und einer Genossenschaft ist. Allein dieses Beispiel zeigt, wie häufig solche Konstellationen vorkommen werden, und wie beliebig erweiterbar damit die Stimmengewichtung ist. Eine formale Gleichheit wäre demnach überhaupt nur zu erreichen, wenn jeder Staatsbürger in jeder Organisation vertreten wäre, was praktisch undurchführbar und wegen der negativen Koalitionsfreiheit rechtlich nicht erzwingbar ist.
Zusammenfassend gesagt, zeigen sich die typischen Schwierigkeiten, die entstehen, wenn man das numerisch-quantitative Prinzip verläßt und auf ein qualitativ-gewichtendes, also differenzierendes, Prinzip als Wahlgrundlage übergeht[1]. Wegen der praktischen Unmöglichkeit, einen quantitativen Schlüssel zur Verteilung der Senatssitze auf die unterschiedlichen Körperschaften zu finden (dies erscheint schon wegen der fehlenden Definition der quantitativen Basis und dem Problem der Mehrfachrepräsentation a priori aussichtslos)[2], bleibt nur die Möglichkeit, durch qualitative Gewichtung, also letztlich durch Differenzierung unter den Körperschaften, eine Sitzverteilung zu erreichen. Im wesentlichen ist tatsächlich dieses Prinzip beim Bay. Senat verwirklicht worden. Schon die "Grobauswahl" in Art. 35 BV setzt eine wertende Entscheidung voraus. Dies macht das Senatsgesetz bei der "Feinauswahl" zusätzlich in Art. 13 SenG deutlich, in dem verlangt wird, daß geeignete Organisationen sich hinsichtlich ihres Tätigkeitsbereichs auf ganz Bayern erstrekken und von erheblicher Bedeutung sein müssen.

---

1) Zacher, Gutachten, S. 73 weist zu Recht darauf hin, daß bei Verlassen des numerisch-quantitativen Prinzips nur die Möglichkeit eines qualitativen, gewichtenden Prinzips übrig bleibt.

2) Ders., Gutachten, S. 72.

Ob diese Differenzierungen jedoch von der Art sind, daß sie als sachliche eine Durchbrechung des Prinzips der formalen Gleichheit der Wahl rechtfertigen können, erscheint zweifelhaft. Ein Blick auf die anerkannten Ausnahmefälle macht deutlich, daß es sich um systemimmanente Ausnahmen handelt (so etwa bei den Sperrklauseln oder Ungleichheiten in der Wahlkreisgröße, sowie solche, die zwangsläufig mit der Stimmenberechnung zusammenhängen[1]), d. h. es wird nicht das ganze Wahlystem geändert, sondern nur notwendige Korrekturen angebracht, eben "Durchbrechungen" vorgenommen. Bei der Wahl zum Senat wurde jdoch durch Obergang auf ein Verbandssystem nicht nur eine Ausnahme vom egalitären Wahlsystem gemacht, sondern ein ganz anderes Wahlsystem eingeführt. Insofern ist es müßig, sich noch über die Sachgerechtigkeit der "Durchbrechungen" Gedanken zu machen, denn Durchbrechungen setzen das Festhalten an einer dem Gleichheitssatz entsprechenden Wahlsystems voraus, was gerade bei der Wahl zum Senat nicht der Fall ist.

Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß die Wahlen zum Bay. Senat keine Wahlen i. S. von Art. 20 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 S. 2 GG sind[2].

Die Berufung der Amtswalter hängt eng mit den soeben erörterten Problemen der Wahl zusammen. Hierin zeigt sich die brennpunktartige Konzentration des Problems der Volkssouveränität auf die Volkswahlen. Für die demokratische Volkssouveränität muß daher gefordert werden, "daß die staatlichen Amtswalter, gleichgültig wo sie im einzelnen tätig sein mögen, erstens individuell ausgewählt und zweitens ihren Auftrag (ihre "Berufung") entweder unmittelbar vom Volk (in einer Wahl) erhalten oder doch zumindest in einer

---

1) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 38, RdNr. 49/50.

2) So auch ders., Rechtsgutachten, S. 4.

ununterbrochenen Legitimationskette auf einen Auftrag des Volkes zurückführen können"[1]. Denn nur Lückenlosigkeit in diesem Sinne garantiert, daß die Amtswalter ihre Macht nicht im eigenen Interesse und aus eigenem Recht ausüben[2], also keine "Autorität aus besonderem Sein"[3] beanspruchen. Dies garantiert, daß wirklich alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht, wie es Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG fordert. Zweifelsfrei dürfte sein, daß sich diese Legitimationsketten auf solche Wahlen stützen müssen, wie sie Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG vorschreibt, denn nach dem GG kommt die Volkssouveränität in dieser Form zum Ausdruck. Nicht ausreichend wäre es etwa, nur darauf abzustellen, daß auch die Wahl zum Bay. Senat dem Allgemeinheitsgebot entspricht (also das ganze Volk in einer bestimmten Form doch beteiligt ist), weil hierbei das Gleichheitsprinzip als demokratischer Fundamentalbegriff[4], als Grundlage des Volkssouveränitätsprinzips[5], keine Berücksichtigung finden würde. Es stellt auch keinen Ersatz dar, diese Grundlage einfach beiseite zu schieben und statt der "Atomisierung" der Staatsbürger durch das egalitäre Wahlsystem die spezifischen Lebensbereiche, denen er verhaftet ist, und die entsprechenden Organisationen, die diese verkörpern, als Zurechnungspunkte zu verwenden[6]. Unzulässig wäre es auch, den Gedanken der periodisch wiederkehrenden Wahl zu verlassen, und darauf abzustellen, daß der Bay. Senat einmal in der vorliegenden Form vom Bay. Volk durch die Verfassung eingesetzt worden ist[7], denn dieser Gedanke knüpft an längst überwundene Vorstellungen von Volkssouveränität an, wie sie uns im Mittelalter, in der vor-Rousseauschen Zeit, begegnen. Der Unterschied läge nur da-

---

1) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 52.

2) Ders., RdNr. 46.

3) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 237.

4) Ders., S. 225.

5) Herzog, Staatslehre, S. 201ff; ders. in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 6ff.

6) Zacher, Gutachten, S. 27.

7) So etwa Maunz, Rechtsgutachten, S. 3.

rin, daß die Bestellung durch das Volk nicht, wie damals, historisch-theoretisch[1] gesehen würde, sondern historisch-praktisch, daß ein tatsächlicher Bestellungsakt erfolgt wäre. Nur kann eine demokratische Volkssouveränität nicht auf das aktuelle Vertrauen des Volkes verzichten[2]. Dieses Vertrauen ist jedoch nur möglich, wenn eine verantwortliche Herrschaft[3] besteht, die sich periodisch dem Volk in Wahlen stellen muß[4], also eine Herrschaft, die periodisch in ihrer Existenz bedroht ist und daher selbst auf das Vertrauen der Wähler achten muß. Eine nur normative Legitimität, mag sie auch durch die Verfassung selbst unterbaut sein, genügt in der Gegenwart für eine ausreichende Legitimation nicht mehr aus[5].

Zusammenfassend läßt sich ein Verstoß gegen das Prinzip der Volkssouveränität feststellen. Weder ist eine unmittelbare und gleiche Volkswahl für den Senat vorgesehen, noch können die Senatoren ihre Legitimation durch eine sonstige Legitimationskette auf Volkswahlen zurückführen. Damit fehlen wesentliche Elemente des Volkssouveränitätsprinzips.

bb) Das Prinzip der repräsentativen Demokratie

Der Begriff der Repräsentation

Im Rahmen der bisherigen Oberlegungen stand die Legitimierung der Herrschaftsmacht, also das Legitimationsverhältnis zwischen Volk und Herrscher, im Mittelpunkt. Der Repräsentationsgedanke versucht hingegen zu klären, wie die auf diese Weise legitimierte Entscheidungen der Herrschenden dem

---

1) Tatsächlich wurde im Mittelalter ja kein Wahlkönigtum praktiziert; bei dem Vertragsgedanken handelte es sich also nur um eine staatsrechtliche Theorie (vgl. Herzog, Staatslehre, S. 209).

2) Leibholz, Das Wesen ..., S. 153.

3) Hesse, RdNr. 153 (S. 60).

4) Wahlen sind dabei heute wichtigste Ausdrucksform des Volkswillens. Wesentlich andere Formen läßt eine mittelbare, repräsentative Demokratie nicht mehr zu.

5) Leibholz, Das Wesen ..., S. 156.

Volk zugerechnet werden können; wie es also möglich ist, daß es Entscheidungen "des Volkes" werden, obwohl tatsächlich jeweils nur wenige (Abgeordnete) Entscheidungsgewalt über viele (Staatsbürger) ausüben. Das Prinzip der mittelbaren Demokratie (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) beantwortet diese Frage nicht, denn es beschränkt sich darauf, die Existenz von Staatsorganen, mithin die notwendige Voraussetzung für die Repräsentation, festzulegen, ohne das Verhältnis zum Staatsvolk zu klären[1]. So bedarf es zusätzlich des Prinzips der Repräsentation, das begrifflich sicher zu den schwierigsten Bestandteilen des Verfassungsrechts gehört[2]. Zu diesen Schwierigkeiten trägt die vielfältige, vor allem auch unjuristische[3] und oftmals unklare Verwendung dieses Begriffes bei[4].
Entscheidend ist daher, sich zu Beginn der folgenden Untersuchung auf eine verfassungsrechtlich tragfähige Begriffsbestimmung zu einigen[5]. Richtiger Anknüpfungspunkt ist das Grundgesetz. Hier findet das Repräsentationsprinzip nach überwiegender Ansicht seine positivrechtliche Aus-

---

1) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 62.

2) Es gibt sogar Stimmen, die dem Gedanken der Repräsentation eine tragende Rolle aberkennen wollen. So für das gleichgelagerte Problem beim Bundeswirtschafts- und Sozialrat, Forsthoff, Bundeswirtschaftsrat, S. 714.

3) So wird etwa auch vom "Repräsentanten" eines Wirtschaftsunternehmens, einer Familie, einer Weltanschauung oder einer Sportart gesprochen.

4) Vgl. dazu kurz: Wolff, Organschaft und juristische Person, Bd. 2, S. 30; Leibholz, Das Wesen ..., S. 25.

5) Dabei besteht die Schwierigkeit, aus der umfangreichen Literatur zum Thema Repräsentation die Meinungen herauszugreifen, die verläßliche, an der Verfassung ausgerichtete, Anhaltspunkte für eine juristische Einordnung des Bay. Senats bietet. Vgl. zum Stand der Diskussion, die hier nicht in allen Einzelheiten nachgezeichnet werden kann: Hofmann, S. 29ff; Badura in Bonner Kommentar, Art. 38, RdNr. 23ff. Ausgangspunkt und Grundlage der Erörterung des Repräsentationsbegriffs bleiben nach wie vor die grundlegenden Arbeiten von C. Schmitt, Verfassungslehre, vor allem S.208ff und von Leibholz, Das Wesen ... (vgl. dazu auch Hofmann, S. 29). Dies findet sich bestätigt in der verfassungsrechtlichen Literatur. Vgl. z. B.: Maunz in M/D/H/Sch, Art. 38, RdNr. 1/2; Stern, Staatsrecht Bd. 1 S. 750ff; v. Münch, Art. 38, RdNr. 57ff. Siehe auch die weiteren Nachweise bei Badura, Bonner Kommentar, Art. 38, RdNr. 27.

prägung in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG[1] und zwar mit den Worten "Vertreter des ganzen Volkes", "an Aufträge und Weisungen nicht gebunden" und "nur ihrem Gewissen unterworfen". Damit werden zwar nur Einzelmerkmale aufgezählt und auf eine Definition oder nähere Bestimmung verzichtet, jedoch läßt dies erkennen, daß das Grundgesetz im übrigen an Begriffsinhalte anknüpfen wollte, die sich in der verfassungsrechtlichen Entwicklung[2] herausgebildet haben und in dieser Gestalt Inhalt des Grundgesetzes geworden sind. Ausgeblendet werden damit alle Repräsentationsvorstellungen außerhalb dieses (engeren) verfassungsrechtlichen Begriffsfeldes. In diesem Rahmen muß die Repräsentation zuerst ein rein technisches Problem lösen, das sich im Massenstaat stellt. Wenn es nämlich wegen der Vielzahl der Bürger oder der Ausdehnung des Territoriums nicht möglich ist, alle Staatsbürger an einem Ort zu versammeln und miteinander verhandeln zu lassen, dann müssen Abgesandte derart bestellt werden, daß sie dieses an Stelle der Bürger ausführen können[3]. Das Repräsentationsprinzip reduziert zu diesem Zweck in noch näher zu erläuternder Weise das Volk auf eine praktikable Anzahl von Abgeordneten und löst so das rein technische Problem. Damit ist dieses Prinzip allerdings noch nicht ausreichend erklärt und seine Bedeutung nur unzureichend ausgeschöpft. Nicht klären kann dieses technische Verständnis etwa, warum der Repräsentant an "Aufträge und Weisungen nicht gebunden" und nur "seinem Gewissen unterworfen ist", obwohl er doch etwas an Stelle des Volkes übernimmt. Warum soll er sich dann von seinen "Auftraggebern" so radikal lösen können? Dazu kommt der Einwand, daß Repräsentation, wenn man nur dieses technische Verständnis zu Grunde legt, lediglich als eine Art Notbehelf anzusehen ist, der, wenn

---

1) v. Münch, Art. 38, RdNr. 57ff.

2) Vgl. zu den historischen Aspekten: Badura, Bonner Kommentar, Art. 38, RdNr. 2ff; Leibholz, Das Wesen ...; S. 54ff; Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 572ff; zur Wort- und Begriffsgeschichte, Hofmann, Repräsentation.

3) Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 235.

möglich, durch Elemente der unmittelbaren Demokratie ersetzt werden muß[1]. Ein solcher provisorischer Charakter der Repräsentation ist aber dem Grundgesetz nicht zu entnehmen und würde auch, wie sich im weiteren erweisen wird, einen Widerspruch zur Konzeption der repräsentativen Demokratie darstellen[2], die sich als wichtiges Bildungsgesetz des modernen Staates versteht[3].

Es bleibt trotzdem festzuhalten, daß Repräsentation auch ein derartiger "technischer Kunstgriff"[4] ist.
In den Vordergrund rückt aber das Verständnis der Repräsentation als eine ontologische Kategorie[5]. Dem folgt vorallem die als klassisch zu bezeichnende Begriffsbestimmung von C. Schmitt[6], der zu definieren versucht: "Repräsentieren heißt, ein unsichtbares Sein durch ein öffentlich anwesendes Sein sichtbar (zu) machen und (zu) vergegenwärtigen". Dem schließt sich Leibholz[7] inhaltlich mit der Formulierung an, daß "etwas nicht real Präsentes wieder präsent, d. h. existentiell wird, etwas, was nicht gegenwärtig ist, wieder anwesend gemacht wird". Ähnliche Begriffsbestimmungen bzw. Bezugnahmen auf die soeben zitierten haben Eingang in eine Vielzahl von Arbeiten gefunden[8]. Der Repräsentant soll danach etwas zwar Existentes, aber nicht Greifbares,

---

1) Ebenda.

2) Ebenda.

3) Ders., aaO, S. 236.

4) Vgl. ebenda. Mehr in die Richtung eines technischen Verständnisses der Repräsentation tendiert Badura, Bonner Kommentar, Art. 38, RdNr. 26 bis 29, wenn er in der Repräsentation Legitimations- und Kontrollmechanismen für die Herrschenden sieht und darüberhinaus qualitative Merkmale ablehnt.

5) Krüger, S. 235; a. A. Wolff, Bd. 2 S. 29, der unter Repräsentation einen "Gegenstand von Vorstellungen" versteht; Badura , Bonner Kommentar, Art. 38, RdNr. 23ff.

6) C. Schmitt, S. 209.

7) Leibholz, Das Wesen ..., S. 26.

8) Vgl. z. B. Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 215; Huber, Die Selbstverwaltung der Wirtschaft, S. 49; Glum, Der deutsche und französische Reichswirtschaftsrat, S. 26f; Maunz in M/D/H/Sch, Art. 38, RdNr. 1/2 (siehe vorallem FN 1); v. Münch, Art. 38, RdNr. 57ff; Stern, Staatsrecht Bd. 1, S. 750ff; weitere Nachweise bei Badura, Bonner Kommentar, Art. 38, RdNr. 27.

mithin Abwesendes, in die erfahrbare Welt übertragen[1], soll es nochmals in der Realität produzieren[2], anwesend machen[3].

Vorausgesetzt und unterschieden werden damit zwei "Seinsbereiche", nämlich der Bereich des Repräsentierten und der der Repräsentanten. Das macht Leibholz[4] besonders deutlich, in dem er - personenbezogen - die Duplizität der personellen Existenz dieser beiden Bereiche wesensmäßig in den Vordergrund rückt. Damit wird die Repräsentation von allen Begriffen unterschieden, zu denen diese Zweiheit nicht wesensnotwendig gehört[5], also vor allem von der Identität[6]. Zur Begründung dieser Unterscheidung wird einmal auf die Wortanalyse abgestellt[7], wonach etwas "wieder" präsent gemacht werden soll, das Repräsentierte also, neben dem Repräsentanten, eine eigene Existentialität besitzen muß. Das macht jedoch erst den äußeren Vorgang der Repräsentation, das Wiedervergegenwärtigen einer ansonsten nicht erfahrbaren, nicht sichtbaren Existenz deutlich. Nicht erklärt ist damit aber, welchen Charakter dieses zu repräsentierende "Sein" hat, das nochmals sichtbar gemacht wird.

---

1) Die Verbindung zur christlich-katholischen Lehre von der Transsubstantiation ist unverkennbar. Danach wird ein unsichtbares Sein (Gott) über die Sakramente mit unserer Vorstellungswelt verbunden. Das Unbegreifbare wird uns (in Ausschnitten) "begreifbar" und gegenwärtig gemacht. Vgl. zu weiteren Verbindungen zur christlichen Lehre, Wolff, S. 26ff.

2) Leibholz, Das Wesen ..., S. 28.

3) Wolff, S. 24/25 wendet sich gegen diese "Dialektik des Begriffs" wonach die Repräsentierten als abwesend und gleichzeitig als anwesend gedacht werden, weil nicht gesagt sei, daß dasselbe "Etwas" abwesend und zugleich präsent sei. Es genüge vielmehr vollauf, und werde vorallem dem Sachverhalt gerechter, wenn man Repräsentant und Repräsentierten in ihren je selbständigen Existenzen und zwar jenen als anwesend, diesen als abwesend unterscheide.

4) Leibholz, Das Wesen ..., S. 28; ders. Evangelisches Staatslexikon, Sp. 2194; anders etwa Jellinek, S. 566: "Unter Repräsentation versteht man das Verhältnis einer Person zu einer oder mehreren anderen, kraft dessen der Wille der ersteren unmittelbar als Wille der letzteren angesehen wird, so daß beide rechtlich als eine Person zu betrachten sind."

5) Leibholz, Das Wesen ..., S. 37. Dabei wird davon ausgegangen, daß in sinnvoller Weise zwischen Staat und Gesellschaft unterschieden werden kann. Dies dürfte auch der h. M. in der Staatsrechtslehre entsprechen, vgl. Herzog, Allg. Staatslehre, S. 39f, 145f.

6) Vgl. Leibholz, Das Wesen ... S. 28 ; Wolff, S. 19.

7) Leibholz, Das Wesen ..., S. 26f.

Das Grundgesetz hilft insoweit, als es in diesem Kontext das "ganze Volk" (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) als zu repräsentierendes "Sein" nennt. Was unter "ganzem Volk" zu verstehen ist, ist damit indes noch nicht gesagt. Es wird zwar deutlich, daß nur eine Ganzheit repräsentationsfähig ist, doch ist nicht erkennbar, wie diese entstehen soll bzw. entstehen kann. Die Auseinandersetzung mit dieser Frage nimmt daher in der Literatur auch einen wichtigen Platz ein[1], ja hinter ihr steckt geradezu der Schlüssel für das Verständnis der Repräsentation, wie im folgenden aufgezeigt werden soll.

Das Volk besteht aus einer Vielzahl von Individuen mit den unterschiedlichsten Wünschen, Vorstellungen, kurz den unterschiedlichsten Interessen, die sie einzeln unverwechselbar und nicht wiederholbar machen, eben jeden Menschen als einzigartig prägen. Dies stellt die "natürliche Natur" des Menschen (Krüger[2]), sein "natürliches Dasein" (Schmitt[3]) dar, er unterliegt ihren Gesetzen und Motivationen. Ein Vergegenwärtigen auf diesem Niveau der Vielheit und Differenziertheit der Interessenlagen würde voraussetzen, jeden Menschen in seiner Interessenvielfalt sichtbar zu machen. Dies wäre jedoch wegen des individuellen Charakters dieser Interessen nur möglich, wenn jedem zu Repräsentierenden ein eigener "Repräsentant" zugeordnet würde, denn nur so könnte seiner Einzigartigkeit wirklich Rechnung getragen werden. Eine solche "Repräsentation" müßte sich indes gerade in der Summierung selbst ad absurdum führen[4]. Repräsentation kann nicht bei der Vielheit ansetzen, sondern muß um größere Zusammenschlüsse bemüht sein. Anknüpfungspunkt ist dabei die Einheit. Repräsentation soll die "Herrschaft des Volkes als

---

1) Z. B. Schmitt, Verfassungslehre, S. 210; Leibholz, Das Wesen ... S. 32, 44ff.

2) Staatslehre S. 238.

3) Verfassungslehre, S. 210.

4) Daher stellt die Summierung der "vereinzelt-atomistisch gedachten Individuen" nicht das (repräsentationsfähige) Volk dar (Leibholz, Das Wesen ..., S. 48).

Einheit über das Volk als Vielheit sicherstellen"[1]. Der entscheidende Punkt ist die Frage, wie aus der "natürlichen" Vielheit eine repräsentationsfähige Einheit, ein "ganzes Volk", geschaffen werden kann. Dazu muß ein gemeinsamer Nenner gefunden werden, der die individuellen Interessen auf für jeden Akzeptables zurückführt und dadurch dem Volk ein es zur Einheit zusammenfassendes, gemeinsames Ziel gibt[2]. Vereinheitlichung in diesem Sinne muß dabei zwangsläufig das überindividuelle Ganze suchen, also die Ziele betonen, die von allen unter Hintanstellung ihrer individuellen Interessenvielfalt als die ihren akzeptiert werden. Das sind aber Ziele, "die über die Ziele und Interessen des einzelnen Individuums oder einer Summe von solchen oder einer auf gleichartigen Zielen und Interessen einzelner aufgebauten Gesellschaft oder Vereins hinausgehen"[3]. Die Suche nach solchen Zielen wird daher umso leichter sein, je weiter man sich von der nie in allgemeinen Gleichklang zu bringenden Interessensphäre löst und sich übergreifenden Grundlagen des Volksganzen zuwendet.

Fraglich ist allerdings, wie diese Grundlagen zu ermitteln sind. Als herrschend kann die sich an Schmitt und Leibholz orientierende, wertgebundene Auffassung gelten[4], die die Vereinheitlichung auf der Grundlage gemeinsamer, ideeller Werte zu konstruieren versucht. Vereinzelt finden sich jedoch auch Stimmen, die diese Werthaftigkeit für nicht objektivierbar und mit der egalitären Demokratie unverein-

---

1) Leibholz, Art. Repräsentation, Ev. Staatslexikon, Sp. 2196.

2) Marcic, VVdStRL 24,S.85 unten/86 oben spricht von einem "consensus omnium", von einer "Wertformel" auf die sich alle Staatsgenossen einigen und die alle anerkennen.

3) Glum, S. 29/30.

4) Schmitt, Verfassungslehre, S. 210, Leibholz, Das Wesen ..., S. 32f, 46; m. E. Herzog, Staatslehre, S. 217f, der nur von der Gesellschaft tolerierte Werte für repräsentationsfähig hält; Huber, Selbstverwaltung, S. 49; Glum, S. 29f; Stern, Staatsrecht Bd. 1, S. 751.

bar halten[1]. Befriedigende neue Ansätze, die die Schaffung von Einheit aus der Vielheit außerhalb einer ideellen Wertsphäre erklären könnten, sind indes in diesen Meinungen nicht erkennbar und nach unseren einleitenden Überlegungen auch schwerlich zu erwarten. Die Orientierung an den klassischen, wertorientierten Repräsentationstheorien ist daher unumgänglich.

Repräsentation ist danach nur in einer ganz bestimmten ideellen Wertsphäre möglich (Leibholz[2]). Diese findet sich etwa bei den Kirchen, vor allem aber beim Volk, bzw. der Nation[3]. "Jede Volksgemeinschaft ist zugleich Wertgemeinschaft mit einem festen Bestand an ideellen Werten"[4]. Dazu zählen gemeinsame Abstammung aus einem gemeinsamen Raum ebenso, wie gemeinsame Kultur, Sprache, Literatur, Religion oder gemeinsame geschichtliche Erfahrungen[5]. Dabei wird man diesen Wertekatalog nicht als jeder Volksgemeinschaft

---

1) Badura, Bonner Kommentar, Art. 38, RdNr. 29; Stier-Semlo, HdbDStR I, 1930, S. 381 (384); (vgl. allgemein zu den neueren Tendenzen: Hofmann, S. 29ff), Badura etwa versucht, Repräsentation rein funktional als ausschließlichen Modus der Zurechnung und Legitimation zu verstehen. Dem Überindividuellen wird als "transzendent" mißverstanden eine Absage erteilt. Unbeantwortet indes bleibt die Frage nach dem Grund für die Repräsentation des ganzen Volkes.

2) Leibholz, Das Wesen ..., S. 32. Zwar ist es auch möglich, daß ökonomische Werte und gruppenspezifische Interessen Menschen zu einer Form von Einheit führen (z. B. Gewerkschaften oder Gesellschaften, KG, GmbH etc.), die individuelle Interessenaufspaltung bleibt jedoch bestehen und führt nicht zu übergreifenden Einheiten. So wäre es beispielsweise nicht möglich, mit dem ökonomischen Prinzip der Gewinnmaximierung die Einheit eines Volkes zu begründen. a. A. Wolff, S. 53ff, der auch eine "vulgarisierte", privatisierte Repräsentation von Wille und Interesse für möglich hält. Diese "Repräsentation" soll sich nicht auf die Gruppe als Ganzes (Einheit), sondern auf die individuellen, faktischen Willensinhalte und Interessen der Mitglieder beziehen. Angesichts der Ausrichtung des Repräsentationsbegriffs im Grundgesetz auf das "ganze Volk" (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) kann diese Meinung für die vorliegende Arbeit keine Bedeutung erlangen.

3) Leibholz, Ev. Staatslexikon, Sp. 2195.

4) Ders., Das Wesen ..., S. 46.

5) Ders., Strukturprobleme, S. 248.

vorgegeben anzusehen haben. Vielmehr kann er für jedes Volk verschieden sein[1] und bedarf daher der Tolerierung durch die jeweilige Gesellschaft[2], kann also keinesfalls aufoktroiert werden. Hier spiegelt sich das Element der demokratischen Repräsentation wieder.
Eine andere Frage ist, ob man dieser so geschaffenen Einheit einen qualitativ höheren Rang einräumt, als dem atomistisch-individuell geprägten Interessenbereich. So spricht Schmitt [3] von einer "höheren und gesteigerten, intensiveren Art Sein", Krüger[4] sieht einen "wahrhaft besseren Gegensatz", ein "Höchstmaß der dem Menschen erreichbaren Richtigkeit", eine "bessernde Funktion"[5]. Diese ideelle Überhöhung bietet sicher in gewissem Umfang Ansatzpunkte für Kritik[6]. Es finden sich daher auch Vorwürfe, hier würde politische Mystik betrieben oder Glaubenssätze aufgestellt[7]. Andererseits trifft man auch auf gewichtige positive Stimmen (Oppermann[8]). Diese mehr in anthropologische Grundfragen reichenden Probleme mögen jedoch für die vorliegende Untersuchung dahinstehen. Wichtiger ist es, festzuhalten, daß sich das zu repräsentierende Sein, nach dem wir eingangs gefragt hatten, als das durch gemeinsame ideelle Werte vereinheitlichte Volksganze erwiesen hat.

Diese geistige Gesamtheit bedarf aber der Darstellung, da sie von sich aus "unsichtbar", d. h. nur in einer geistigen (Wert-)Sphäre existent ist. Einheit ist zwischen Menschen letztlich nur ein Gefühl, ein geistiger Gleichklang. Dies

---

1) Ders., Das Wesen ..., S. 46.
2) Herzog, Staatslehre, S. 218.
3) Schmitt, Verfassungslehre, S. 210.
4) Krüger, Staatslehre, S. 250.
5) Ders., S. 238/239.
6) Vgl. etwa Hättich, Zur Theorie der Repräsentation, S. 506ff. Hans Meyer, VVdStRL 33,S.145.
7) Hättich, S. 509; Hofmann, S. 401.
8) Oppermann, Zum heutigen Sinn der Repräsentation, DÖV 1975, S. 763.

zu vergegenwärtigen, also das "In-die-greifbare-Welt-holen", ist Aufgabe der Repräsentation, verkörpert durch die Repräsentanten. Die damit erlangte Dimension des Überindividuellen ermöglicht es dem Repräsentanten dann auch dieses Ganze, den "volonté gênérale", im Auge zu behalten und sich aus dem Netzwerk der Individualinteressen herauszustellen. Erst damit ist die heutige Gesellschaft ihrer inneren Verfassung nach im Stande, eine langfristig angelegte, auch die Bedürfnisse künftiger Generationen achtende Politik zu treiben[1]. Die Loslösung von der individualistisch-atomistischen Sphäre lenkt den Blick über das Gegenwärtige hinaus auch auf das Zukünftige. Infolgedessen ist es dem Repräsentanten möglich, und muß ihm möglich sein, Entscheidungen gegen den erklärten, aktuellen Willen einzelner oder ganzer Interessengruppen zu treffen. Der Wille der Repräsentanten "ist" also nicht der aktuelle Wille der Repräsentierten[2], sie sind nicht identisch.

Zu bedenken bleibt, daß Repräsentation letztlich Herrschaftsausübung darstellt und diese wiederum nach Legitimität strebt, d. h., sich "dem Grunde nach als zu Recht bestehend zu erweisen sucht"[3]. Die repräsentative Funktion kann daher nur erfüllt werden, "wenn sie durch die repräsentierte Volksgesamtheit dazu legitimiert wird"[4]. "In dem Schwinden der für jede Repräsentation nötigen Nähe zum Volk" liegt die Gefahr der Entartung des repräsentativen Systems begründet[5], da die Verbindlichkeit des Handelns der Repräsentanten für das zu repräsentierende Ganze (Volk) entfallen könnte[6]. Diese Anerkennung durch das Volk kann in der Demokratie jedoch weder charismatisch, noch traditionell

---

1) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 65.
2) Leibholz, Das Wesen ..., S. 28/29.
3) Ders., Das Wesen ..., S. 140.
4) Ders., Strukturprobleme, S. 10.
5) Scheuner, Das repräsentative Prinzip, S. 231.
6) Ders., aaO, S. 242.

oder überhaupt transzendent, sondern nur immanent, "d. h. mit dem Willen der zu repräsentierenden Volksgemeinschaft" begründet werden[1]. Nach ganz herrschender Meinung kann dies nur durch Volkswahlen erreicht werden[2], selbst wenn ihnen der Mangel anhaftet, daß nicht alle Mitglieder des Volkes jeweils am Wahlvorgang beteiligt sind, sondern nur verhältnismäßig große Bruchteile (nicht etwa Kinder, oder ihr Wahlrecht nicht Ausübende). Denn dafür wird die Legitimation ergänzt durch "Rückkoppelung" mittels öffentlicher Diskussion[3]; Repräsentation gibt es daher nur in der Sphäre der Öffentlichkeit, es existiert keine "heimliche Repräsentation"[4]. Der Gedanke der Volksrepräsentation und der Volkssouveränität treffen sich also bei der Frage der Legitimierung der Repräsentation wieder. Hinsichtlich der Probleme der Volkssouveränität kann dabei auf das oben bereits Ausgeführte an dieser Stelle verwiesen werden.

Aus diesem Repräsentationsbegriff ergeben sich für unsere Untersuchung wichtige Folgerungen, die hier kurz angesprochen werden sollen. Alles, was nicht durch ideelle Werte zu einer Einheit geformt wird, so das bisherige Ergebnis, ist einer Repräsentation nicht zugänglich. Hier kommt nur eine Vertretung von Interessen aus der dann unvereinheitlichten, atomistisch-individualistischen Interessenvielfalt in Frage[5]. Die Rechtsfigur der Stellvertretung findet sich daher auch vor allem im Zivilrecht. Stellvertretung bedeutet eben, und das ist bezeichnend für das Privatrecht, grundsätzlich Interessenvertretung. Sie liegt deshalb in dem

---

1) Leibholz, Strukturprobleme, S. 10.

2) Vgl. etwa Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Demokratie), RdNr. 69, 70; Stern, Staatsrecht Bd. 1, S. 752; Krüger, Staatslehre, S. 250; Leibholz, Das Wesen, S. 161ff (vorallem 163ff); ders., Strukturprobleme, S. 10. Leibholz hält zwar theoretisch noch andere Legitimationsformen für denkbar (Charisma, Tradition, Strukturprobleme S. 10) Er anerkennt aber auch, daß tatsächlich heute die Volkswahl ausschließlich die Funktion der Legitimation übernommen hat (Das Wesen, S. 163).

3) Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 752.

4) Ebenda.

5) Leibholz, Das Wesen, S. 32ff.

Bereich der Interessenvielfalt, der für die Repräsentation nicht die Grundlage bilden kann[1]. Dieser Unterschied zwischen Repräsentation und Stellvertretung macht außerdem deutlich, warum auch die Weisungsfreiheit des Repräsentanten notwendig zur Repräsentation gehört. Weisungen finden sich regelmäßig in dem der Stellvertretung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis; die Stellvertretung selbst gehört aber, wie oben gezeigt wurde, in den Bereich der atomistisch-individualistischen, nicht repräsentierbaren Sphäre, womit die Weisungen notwendigerweise dieses Schicksal teilen. Die gegenteilige Auffassung würde zu keinem befriedigenden Ergebnis führen. Denn wie sollte es in einem solchen Fall dem Repräsentanten möglich sein, die Nichtwahlberechtigten oder die ihr Wahlrecht nicht ausübenden Personen zu vertreten[2], geschweige denn sogar Weisungen von ihnen zu erhalten? Stellvertretung und Weisung setzen ein individuelles Rechtsverhältnis zwischen Repräsentant und Repräsentiertem voraus, das bei der Repräsentation gerade nicht vorliegen darf, respektive nicht repräsentationsfähig ist.

Der Begriff Repräsentation ist damit in seiner geistig-ideellen Dimension hinreichend genau genug bestimmt worden. Es fehlt nur noch, ihn im Hinblick auf die späteren Ausführungen zum Bay. Senat, mit zwei Erscheinungen im Verfassungsleben zu konfrontieren, nämlich dem Parteienwesen und den organisierten Interessen.

---

1) Die Überwindung der Stellvertretung ist ein Teil der geschichtlichen Entwicklung der Repräsentation. In England und Frankreich bestanden in den Ständeversammlungen ursprünglich Formen der Stellvertretung (Badura , Bonner Kommentar, Art. 38, RdNr. 6ff). Immer wieder tauchten indes in den Verhandlungen Probleme auf, mit denen die Vertretenen nicht gerechnet hatten, so daß die Grenzen der Vertretungsmacht erreicht wurden und die Stellvertretung sich als unpraktikabel erwies. Der Stellvertretungsgedanke verlor sich daher ab dem 17. Jahrhundert.

2) Leibholz, Das Wesen, S. 50/51.

Auf die Klärung des Verhältnisses von Repräsentation und Parteien ist viel Energie verwandt worden. Herausgestellt seien hier etwa die Bemühungen von Leibholz[1], der im Parteiensystem eine Erscheinungsform der unmittelbaren Demokratie und damit eine Schwächung des repräsentativen Prinzips gesehen hatte[2]. Dies löste Versuche aus, den Repräsentationsbegriff derart zu verstehen, daß die Parteien in ihm Platz zu finden vermochten[3]. Einer derartigen Neubestimmung bedarf es indes nicht, denn die heutigen Parteien sind nach dem Grundgesetz,Art. 21 GG,dazu berufen, den Gemeinwillen vorzuformen, der dann im Parlament endgültig gebildet wird[4]. Dadurch wachsen aber auch schon die Parteien - allerdings in geringerem Maße als die aus ihnen hervorgegangenen Repräsentanten - aus der atomistisch-individualistischen Sphäre heraus[5]. Dies wird unterstützt durch die Entwicklung der Parteien zu Volksparteien, denn keine Volkspartei kann es sich heute noch leisten,reine Interessenpartei, etwa Arbeiter- oder Unternehmerpartei,zu sein. Die Zielrichtung geht vielmehr dahin, möglichst das ganze Volk anzusprechen, um eine breite Wählerschicht mobilisieren und die alleinige Macht erringen zu können.
Auch die Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit des Abgeordneten bleibt rechtlich durch die Parteizugehörigkeit unberührt.

---

1) Ebenda, S. 118. Leibholz interpretiert den Einfluß der Parteien als Form der direkten Einflußnahme der Repräsentierten auf die Repräsentanten.

2) Das wie oben erwähnt mit dem Prinzip der mittelbaren Demokratie unlösbar verbunden ist.

3) Vgl. etwa Badura, Bonner Kommentar, Art. 38, RdNr. 30.

4) Scheuner, Das repräsentative Prinzip, S. 240; Maunz in M/D/H/Sch, Art. 38, RdNr. 5, m. w. N.

5) Selbst Leibholz, VVdSTRL 24, S. 14ff sieht ein Hineinwachsen der Parteien in den politisch-staatlichen Raum und eine Ausgleichsfunktion, die die durch die Verbände vorgetragenen Interessen so aufbereitet, daß das ihnen eigene Gegeneinander die politisch-staatliche Ebene nicht gefährdet (S. 29).

Zwar mag seine tatsächliche Abhängigkeit diese rechtliche Gestaltung überlagern, entscheidend ist jedoch die Existenz dieser Rechte, weil sie im Konfliktfall dem Abgeordneten die Möglichkeit offen lassen, sich auch gegen seine Partei zu stellen. Mehr kann ein rechtliches System, neben der parteiunabhängigen, materiellen Sicherung des Repräsentanten nicht leisten. Der Rest ist abhängig von der Persönlichkeit des Abgeordneten und daher rechtlichen Erwägungen unzugänglich.

Neben den Parteien wirken vor allem die organisierten Interessenvertreter auf die Repräsentanten ein[1]. Dies wird erleichtert durch die Mitgliedschaft von Abgeordneten in entsprechenden Organisationen (z. B. Gewerkschaften). Gefährdet ist dadurch - wie beim Einfluß der Parteien - die Unabhängigkeit des Repräsentanten. Diese Gefahren dürfen keineswegs heruntergespielt werden, andererseits soll man ihre Bedeutung nicht überschätzen, denn dem verbandlichen Einfluß wirken in hohem Maße die Legitimationszwänge entgegen, die jeder Repräsentation eigen sind (vgl. S.131f). Schon die modernen Volksparteien zwingen den Abgeordneten, sich stärker überindividuell (vgl. S. 134) auszurichten, noch intensiver vermag dies der Wähler, "zu dessen Lasten alle exzessive Interessenwahrnehmung geht"[2]. Nicht gesagt ist damit, daß in der konkreten Entscheidungsfindung des Abgeordneten nicht auch Sonderinteressen eine Rolle spielen dürfen, sie müssen sogar zur sinnvollen, fachgerechten Problembewältigung mit eingebracht werden[3]; seine Unabhängigkeit gewinnt der Repräsentant indes daraus, daß seine Legitimationsbasis nicht in der Verbindung zu den organisierten Sonderinteressen, sondern zum ganzen Volk besteht.

---

1) Vgl. eine von vielen Schilderungen dieses Einflusses bei Leibholz, VVdStRL 24, S. 26ff.

2) Kaiser, Die Repräsentation, S. 347.

3) v. Münch, Art. 38, RdNr. 59.

Die Schwierigkeiten des Bay. Senats mit seinem Verbandswahlsystem deuten sich damit schon in Konturen an, und sollen nunmehr genauer untersucht werden.

Der Bay. Senat und das Repräsentationsprinzip

Darüber, daß der Senat ein Repräsentationsorgan sein soll, besteht übereinstimmend kein Zweifel[1]. Zwar wird der Senat in Art. 34 BV als "Vertretung" der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und kommunalen "Körperschaften" und die Senatoren in Art. 35 BV als "Vertreter" bezeichnet; auch übernimmt das SenG diese Diktion. Das wird jedoch nicht als entscheidend angesehen, denn von "Vertretung" spreche auch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Vielmehr müsse Beachtung finden, daß die Senatoren als Funktionsträger eines Staatsorgans nach Art. 3 S. 2 BV zur Verfolgung des Gemeinwohl verpflichtet, nach Art. 23 SenG nur ihrem Gewissen verantwortlich und an Aufträge nicht gebunden seien und an den Privilegien der Landtagsabgeordneten teilnähmen (Art. 38 Abs. 2 BV). Da dieser (angebliche) repräsentative Charakter aber auf Grund seiner Apriorität nicht - auch nicht vom Verfassungs(gesetz)-geber - einfach angeordnet werden kann, sondern existieren muß, kommt den Bestimmungen der Verfassung und des Senatsgesetzes nur insoweit Bedeutung zu, als sie aussagen, was vom Verfassungsgeber gewollt ist. Ob er sein Ziel erreicht hat, ist indes an Hand des oben entwickelten Repräsentationsbegriffs zu überprüfen.
Hierbei stellen sich zwei Fragen:
1. Was wird im Senat repräsentiert, also sichtbar gemacht?
2. Wie wird die Repräsentation legitimiert?
Zur ersten Frage legt der Wortlaut des Art. 34 BV ("Vertreter der sozialen ... etc. Körperschaften des Landes") im Vergleich zu Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ("Vertreter des ganzen Volkes") oder Art. 13 Abs. 1 BV ("Abgeordnete des bayerischen Volkes") die Auslegung nahe, daß im Falle des Senats mit

---

1) Vgl. z. B. BayVerfGHE 8, 11ff (27); Meder, Art. 34, RdNr. 1; Zacher, Gutachten, S. 104.

dem zu repräsentierenden "Sein" die "vertretenen" Körperschaften, also die Verbände, gemeint sind. Zu prüfen bleibt, ob sich eine solche Auffassung mit dem oben dargestellten Repräsentationsverständnis vereinbaren läßt.
Die Verbände sind auf ihre besonderen Interessen, d. h. auf die Wünsche ihrer jeweiligen Zielgruppe, ihrer Mitglieder, fixiert. Das Partikuläre und Besondere ist ihnen als Zweck vorgegeben[1]. So kümmern sich etwa die Gewerkschaften um Arbeitnehmerinteressen, Industrie und Handel um Unternehmerprobleme und die Religionsgemeinschaften um die Anliegen ihrer Kirchen und Gläubigen. Jeder Verband orientiert sich demnach an bestimmten gesellschaftlichen Partikularinteressen und bringt Elemente der gesellschaftlichen Besonderheit zum Ausdruck[2]. Dadurch entsteht ihre "besondere Eigenart, Haltung und Gesinnung"[3]. Dies deutet Parallelen zum oben (S. 127) beschriebenen Interessenverhaftetsein des Individuums an. Und in der Tat stellen die Verbandinteressen nichts anderes dar, als eine "Zusammenfassung privater Spezialinteressen"[4], die mit Hilfe einer Organisation besser öffentlich dargestellt werden. Es besteht ein quantitativer aber kein qualitativer Unterschied zwischen den Interessen der Verbände und denen der einzelnen Staatsbürger.
Letztere sind in den Verbänden durch organisatorisches Zusammenlegen partiell[5] "gebündelt" worden, um ihre Durchschlagskraft zu erhöhen. Daher muß man die Verbände zur atomistisch-individualistischen Sphäre rechnen. Sie sind im Raum der gesellschaftsimmanenten Interessenaufspaltung und

---

1) Zacher, Gutachten, S. 26.

2) Stern, Zur Einführung eines Wirtschafts- und Sozialrates, S. 112/113.

3) Leibholz, Strukturprobleme, S. 200.

4) Geck, Wilhelm, Karl, in VVdStRL 24, S. 80/81 (Aussprache).

5) Die Mitglieder der Verbände legen jeweils nur wenige ihrer weitgefächerten eigenen Interessen mit denen anderer zusammen.

-vielfalt "urbeheimatet"[1]. Das führt dazu, daß sie auch das Schicksal dieser Individualinteressen teilen. Sie sind als solche nicht repräsentierbar (vgl. S. 127). Denn für ein Wiedervergegenwärtigen in diesem individualistisch-atomistischen Bereich wäre jedenfalls ein nochmaliges Sichtbarmachen aller überhaupt denkbaren Interessenverbände im Senat notwendig. Auch wenn man in Erweiterung des Leibholzschen Repräsentationsbegriffs mit Kaiser dies als Repräsentation faktischer Art bezeichnet[2], so ist sich doch selbst Kaiser über die Unmöglichkeit im klaren, eine solche Repräsentation zu institutionalisieren[3]. Eine derartige Begriffserweiterung hilft uns für die vorliegende Untersuchung demnach nicht weiter. Es ist einsichtig, daß ein Bay. Senat, der alle vorhandenen Verbände möglicherweise noch in ihrer Gewichtung zueinander sichtbar machen wollte, nicht denkbar wäre. Hier kann auf die bereits bei der Behandlung des Problems der Volkssouveränität aufgetauchten Probleme der Definition einer quantitativen Basis und des Fehlens eines Verteilungsschlüssels - letztlich also Probleme des Gleichheitssatzes - verwiesen werden. Sie zeigen die Absurdität eines derartigen Institutionalisierungsversuchs.
Die Parallelität zu der bereits behandelten Problematik, jeden einzelnen Bürger mit seinen Individualinteressen sichtbar machen zu wollen, wird nochmals deutlich. Auch vorliegend bedarf es zur Vereinheitlichung, also zur Schaffung

---

1) Leibholz, Strukturprobleme ... S. 331, vgl. auch S. 333. Die Parteien bleiben hingegen zwar ebenfalls außerstaatliche Organisationen, sie sind aber nicht in der gesellschaftlichen Besonderheit beheimatet, sondern im allgemein-politischen Bereich. Ihrem Grunde nach wollen sie keine Einzelinteressen verwirklichen, sondern eine Gesamtstaatswillensbildung betreiben. Daher stehen sie ständig bereit, Regierungsverantwortung und damit Verantwortung für alle zu übernehmen oder tun dies bereits.

2) Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, S. 354ff.

3) Ders., Die Dialektik der Repräsentation, S. 79/80.

einer Ganzheit, ideeller Werte. Dabei muß diese ideelle Ganzheit nicht allein innerhalb der Verbände bestehen[1], sondern die Verbände als Summe betrachtet müßten eine solche Ganzheit bilden, denn das "ganze Volk" und nicht die Summe aus organisierten Arbeitnehmern, Unternehmern etc. ist der Bezugspunkt der Repräsentation. Derartige verbindende ideelle Werte sind indes nicht ersichtlich[2]. So fragt sich schon rein äußerlich gesehen, was, gemessen an ihrer partikulären Aufgabenstellung, etwa die Religionsgemeinschaften mit den Gewerkschaften, die Wohltätigkeitsorganisationen mit Industrie und Handel oder letztere mit den Gewerkschaften verbindet? Oftmals werden scharfe Gegensätze wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder (tarif-)vertraglicher Art vorliegen. Die Fähigkeit dieser Interessenverbände zur Einheitsbildung, d. h. dazu, gemeinsame Zielvorstellungen zu verfolgen, ist von diesem Charakter als Interessenvertretung her nicht zu erwarten, denn sie verdanken der Aufgabe der partikulären Interessenwahrnehmung ihre Beauftragung durch die Mitglieder, also ihre Existenz. Ohne eine derartige Interessenwahrnehmung sind Verbände demnach unsinnig. Das Heraustreten aus dem Interessenverhaftetsein rührt nicht nur an ihr Selbstverständnis, sondern an ihre Existenzgrundlage und wird daher unmöglich. Dies ist der wesentlichste Unterschied zum einzelnen Bürger, der auf Einzelinteressen zugunsten einer einigenden Idee deshalb zu verzichten vermag, weil Interessen nicht seine wirkliche Existenzgrundlage ausmachen; diese ist vielmehr aller staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung vorgegeben.

Verbindende ideelle Werte, um aus den Verbänden eine repräsentationsfähige Einheit zu bilden, sind also weder erkennbar, noch überhaupt zu erwarten. Bestenfalls kann die

---

1) Was sicher auf eine Reihe von Organisationen im Senat zutrifft; man denke nur an die Religionsgemeinschaften.

2) Krüger, Staatslehre, S. 240 sieht im Wirtschaftlichen zwar etwas Werthaftes und auch Wolff, S. 56 erkennt der ökonomischen Sphäre Werte zu, die Eignung dieser Werte, eine ideelle Ganzheit des Volkes zu schaffen, wird indes nicht angesprochen.

Summe der Teilinteressen, nicht aber die Ganzheit des Volkes im repräsentativen Sinne erreicht werden. Die Interessenverbände sind daher auch in ihrer Summe als repräsentationsfähiges "Sein" unbrauchbar.
Denkbar wäre daher allenfalls, daß nicht die Vielheit der Verbände, sondern das ganze Volk als ideelle Einheit im Senat sichtbar gemacht werden soll, es sich demnach um eine "zweite Repräsentation des (ganzen) Bayerischen Volkes"[1] handelt. Damit ließe sich zwar das oben ausgeführte Problem des Repräsentationsbezugspunktes lösen, hingegen sagt die Existenz eines repräsentationsfähigen "Seins" noch nichts darüber aus, wer zum Repräsentanten ausersehen ist, wer dieses "Sein" also vergegenwärtigen kann. Hierzu ist niemand aus eigenem Recht berufen und dies kann auch vom Verfassungsgeber nicht angeordnet werden, sondern hier stellt sich die Frage der Legitimation der Repräsentanten durch die Repräsentierten in aller Schärfe. Das klammert Zacher[2] zu unrecht aus. Er sieht zwar das Legitimationsproblem, drängt es aber in Randbereiche ab und reduziert das Verständnis der Repräsentation durch Fixierung auf die Person des Senators im wesentlichen auf "Fähigkeit und Freiheit (des Senators) den Volkswillen darzustellen"[3]. Auf diesem Weg gelangt er zur Rechtsfigur der "senatorialen Repräsentation"[4]. "Fähigkeit und Freiheit" im oben dargelegten Sinne sollen danach durch die Senatoren mit ihrer Sachlichkeit, Erfahrung und Rechtlichkeit aufgebracht werden und das Darstellen des ganzen bayerischen Volkes ermöglichen. Den Verbänden verbleibt vor allem die Aufgabe,diese

---

1) So Zacher, Gutachten, S. 47 (vgl. auch FN 108); Küchenhoff, S. 80.

2) Zacher, Gutachten, S. 47. Zacher weist darauf hin, daß Repräsentation nie erschöpfend aus dem Legitimationsprozeß erklärt werden kann, sondern vor allem vom Repräsentanten her.

3) Ebenda.

4) Ders., Gutachten, S. 47ff, 53ff, 104.

befähigten Personen hervorzubringen und für den Senat bereitzustellen[1], nicht aber dürfen sie selbst - über die Senatoren - Einfluß auf die materielle Senatstätigkeit nehmen. Hier sollen die Senatoren sich eigenverbandlicher Interessenwahrnehmung strikt enthalten[2], um die Interessenaufspaltung aus dem (repräsentativen) Senat fernzuhalten. Garant für diese Forderung soll die senatorale Persönlichkeit des Senators sein. Auf diesem Wege versucht man eine für die Repräsentation erforderliche Unabhängigkeit der Senatoren zu erreichen und zu sichern. Dem kann in dieser selektiven Betrachtungsweise nicht zugestimmt werden. Repräsentation kann zwar, wie Zacher[3] richtig bemerkt, nicht nur aus dem Gedanken der Legitimation erklärt werden, sie ist aber andererseits auch nicht allein aus der Person des Repräsentanten und der Funktion des Vergegenwärtigens heraus erklärbar. Es muß vielmehr alles zusammentreffen, damit Repräsentation tatsächlich entsteht.

Dabei kann die Legitimationskomponente heute nur noch in der Volkswahl gesehen werden. Repräsentation bedeutet Herrschaft[4] und demokratische Herrschaft

---

1) In einem diffizilen System (dazu gehört etwa auch die Unterscheidung zwischen den im Senat vertretenen und den "reinen" Interessenverbänden, Gutachten S. 63) kristallisiert er schließlich die notwendigen Eigenschaften dieser Organisation heraus. Ihre Stellung in der Gesellschaft darf nicht von ihrer "Senatsfähigkeit" abhängen (Gutachten S. 94), und sie müssen es von ihrer vorgegebenen Bedeutung her in Kauf nehmen können, daß die von ihnen entsandten Senatoren im Senat unabhängig wirken (Gutachten S. 105). Dazu dürfen sie weder beliebig klein, noch beliebig vermehrbar sein (Gutachten S. 66), müssen von einem Element der Dauer gekennzeichnet (Gutachten S. 62, 65) und vielfältige gesellschaftliche Aufgaben sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Charakters erfüllen (vgl. zusammenfassend, Gutachten, S. 54ff).

2) Vgl. Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 36, RdNr. 2; Zacher, BayVBL 1958, S. 11; dieselbe Tendenz findet sich in: Staatsvereinfachung in Bayern, Gutachten der Arbeitsgemeinschaft für Staatsvereinfachung, 1. Teil, München 1955, S. 25/26.

3) Zacher, Gutachten, S. 47.

4) Leibholz, Das Wesen, S. 140.

kann heute nur durch Volkswahlen legitimiert werden (vgl. S. 112ff). Leibholz hält zwar, beispielsweise für den Reichswirtschaftsrat, noch andere Legitimationsgrundlagen für denkbar[1], schließt sich aber für das heutige Verfassungsverständnis der hier vertretenen Ansicht an[2]. Krüger versucht diese materiell zu erklären, und sieht in der Volkswahl "ein repräsentatives Verfahren" und im Wähler einen "repräsentativen Faktor"[3], weil schon im Wahlvorgang - nach Krügers wertender Betrachtungsweise (vgl. S. 130) - die Selbsterhebung und Selbstberichtigung über das natürliche Dasein beginne. Und tatsächlich kann schon hier ein Stück Heraustreten aus dem atomistisch-individualistischen Interessenverhaftetsein beobachtet werden, so wenn für den einzelnen nachteilige Parteiprogramme bzw. Wahlaussagen (Sparpläne, Verteidigungslasten), wegen ihres Nutzens für die Gesamtheit (vgl. S. 134) ("Wir müssen sparen, wir müssen uns verteidigen"),nicht von der Wahl dieser Partei bzw. ihrer Kandidaten abhalten.
Ganz anders, auch was den Vergleich zu den Parteien angeht, ist hingegen das Wirken der Verbände im Rahmen der Verbandswahlen zum Bay. Senat zu beurteilen. Für Verbände ist es, da sie meist nur wenige Interessen konzentriert vertreten, bereits schwer, wenn nicht weitgehend unmöglich, sich aus ihrem Interessenkontext zu lösen (vgl. S. 139). Das wird bestätigt und verstärkt durch das System der Verbandswahlen, denn im Grunde genommen bleiben die Verbände dabei jeder "unter sich"; es ist nur "einer der ihren" zu wählen, selbst wenn man sich gelegentlich mit anderen Verbänden (so bei den Wahlversammlungen) arrangieren muß. Das Wahlsystem bietet damit kaum Anlaß, sich aus der eigenen verbandlichen Umwelt zu lösen, zumal die außerverbandliche Öffentlichkeit

---

1) Ders., Das Wesen, S. 162.
2) Ders., Das Wesen, S. 163.
3) Krüger, Staatslehre, S. 250.

an Wahlen, an denen sie nicht beteiligt ist, kein Interesse zeigen dürfte und weitgehend auch nicht zeigt. (Anders läge der Fall, wenn die Verbände lediglich Kandidaten vorzuschlagen hätten, die dann in allgemeinen, freien, geheimen und gleichen Volkswahlen gewählt werden müßten).

Aber unabhängig davon, ob man zu derartigen materiellen Erklärungsversuchen ansetzen will oder nicht, fehlt den Senatswahlen jedenfalls die notwendige Legitimationswirkung. Sie werden den Anforderungen, die das Volkssouveränitätsprinzip an sie stellt, nicht gerecht (vgl. S. 113ff). Die Problemkomplexe der Repräsentation und der Volkssouveränität greifen hier demnach ergänzend ineinander.

Damit ergibt sich folgendes Bild:
Die Summe der Senatsverbände selbst ist als zu repräsentierende Existenz ungeeignet, da sie keine repräsentationsfähige Einheit bilden kann. Einem solchen Ansatzpunkt der Repräsentation wird man innere Widersprüchlichkeit[1], wenn nicht sogar "Absurdität"[2] vorwerfen und von einem "schwerwiegenden Irrtum"[3] sprechen müssen. Verwechselt wird hier "Repräsentieren" mit "Präsentieren". Die Senatoren "präsentieren" zwar öffentlich ihre Sachkunde und Erfahrung, sie können nach diesem Ansatz aber nichts außer ihnen selbst liegendes, also kein selbständig existierendes "Sein", repräsentieren. Repräsentieren bedeutet kein bloßes "Vorführen" von menschlichen Eigenschaften, so sinnvoll und begrüßenswert diese auch sein mögen.
Reduziert man andererseits die Bedeutung der Verbände auf ihre Persönlichkeitsbildungs- und Wahlfunktion und läßt das ganze, ideell geeinte Volk als - einzig denkbaren - Repräsen-

---

1) Leibholz, Das Wesen, S. 192 (zum vorläufigen Reichswirtschaftsrat).
2) Saipa, S. 543.
3) Leibholz, Strukturprobleme, S. 201.

tationsbezugspunkt bestehen, so fehlt es an der erforderlichen Legitimation durch die Repräsentierten. Im Ergebnis führen demnach alle Repräsentationsansätze für den Bay. Senat zu einem negativen Ergebnis.

b) Das Homogenitätsgebot

Ein demokratisches Defizit, wie es nach dem Dargelegten für den Bay. Senat festzustellen ist, rechtfertigt für sich jedoch nicht das Verdikt der Verfassungswidrigkeit. Das wäre erst bei einer Verletzung von Art. 28 Abs. 1 GG gerechtfertigt, der nicht nur den maßgeblichen Rahmen dafür setzt, ob Bundes- und Landesverfassungen homogen sein müssen, sondern damit auch bestimmt, wie weit dies der Fall sein muß[1]. Dabei ist die Orientierung an zwei aus Art. 28 Abs. 1 GG entwickelten Gedanken hilfreich.
Einmal setzt diese Homogenitätsvorschrift wie selbstverständlich voraus, daß in den Ländern erlaubt sein muß, was im Bundesstaat verfassungsmäßig ist[2], angesprochen ist hier der Bundesrat. Zum anderen stellt sich die Frage, ob nicht eine einzige Art. 28 Abs. 1 GG entsprechende Volksvertretung, z. B. der Bay. Landtag, in den Bundesländern bundesverfassungsrechtlich ausreichend ist und alles, was darüber hinausgeht, der Gestaltungsfreiheit der Länder unterliegt.

aa) Der Vergleich mit dem Bundesrat

Als Vergleichsobjekt für den Bay. Senat auf Bundesebene drängt sich durch seinen Charakter als zweite Kammer[3] der Bundesrat auf. Ob beide Institutionen in dem Sinne vergleichbar sind, daß man direkt von der Existenz des Bundesrates auf die Zulässigkeit des Bay. Senates schließen kann, er-

---

1) Hesse, Grundzüge, RdNr. 90; Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 2/3; ders., Staatsrecht, S. 238ff; Stern, Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 21ff.

2) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 37.

3) Der Begriff "Zweite Kammer" für den Bundesrat ist allerdings umstritten. So bezeichnet Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 589 den Bundesrat als Organ sui generis, das mit dem überkommenen Begriff des Zweikammersystems nicht erfaßt werden könne.

scheint allerdings zweifelhaft. Auf den ersten Blick sind zwischen beiden Institutionen allerdings eine Reihe funktioneller Übereinstimmungen zu erkennen. So stehen beide neben einem unmittelbar vom Volk gewählten Parlament und besitzen gewisse Mitwirkungsrechte bei der Gesetzgebung. Insbesondere können vom Parlament beschlossene Gesetze zurückgewiesen werden (Art. 77 GG, wobei die Rechte des Bundesrates durch die Zustimmungsgesetze wesentlich stärker sind); auch hat der Bundesrat eine Art Begutachtungsrecht hinsichtlich Vorlagen der Bundesregierung (Art. 76 Abs. 2 GG)[1], sowie ein Gesetzesinitiativrecht (Art. 76 Abs. 1 GG). Damit sind jedoch im wesentlichen die Gemeinsamkeiten erschöpft[2]. Besonders die ganz unterschiedliche Stellung von Bundesrat und Senat im Hinblick auf die demokratische Legitimation und das föderative Element erschwert es, beide Institutionen direkt zu vergleichen.

Der Bundesrat kann sich,anders als der Senat, mit Hilfe einer Legitimationskette, die über die Landesregierungen und Landesparlamente zur Landesvolkswahl führt, zumindest mittelbar demokratisch legitimieren[3]. Darin zeigt sich eine qualitativ andere Stellung zum Volksrepräsentationsprinzip, also zum demokratischen Gedanken, als beim Bay. Senat, der in keinem Fall auch nur mittelbar auf eine Volkswahl zurückgeführt werden kann (vgl. S. 113ff).

Außerdem ergeben sich erhebliche Unterschiede in der Stellung beider Organe im Staatsaufbau ihres jeweiligen Staates. Im Bundesstaat ist das Zweikammersystem Ausdruck und Folge ei-

---

1) Vgl. zum Procedere im einzelnen: Maunz in M/D/H/Sch, Art. 76, RdNr. 15ff.

2) Vgl. die erheoliche Nichtübereinstimmung der Funktionen. So etwa die Mitwirkung des Bundesrates bei der Rechtsverordnungsgebung (Art. 80 Abs. 2; 109 Abs. 4 S. 3 GG), der auswärtigen Gewalt (Art. 59 Abs. 2 GG), der Verwaltung (Art. 83ff, 104a ff GG), der Gerichtsorganisation (Art. 94 Abs. 1 GG) oder die Tätigkeit bei äußerem und innerem Notstand (Art. 53a, 115aff, 35 Abs. 3 S. 2, 87a Abs. 4 S. 2, 91 GG).

3) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 50, RdNr. 8; Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 583; vgl. auch Knies, Der Bundesrat, Zusammensetzung und Aufgaben, S. 587, der sich gegen eine qualitative Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Legitimation wendet; v. Münch, Art. 50, RdNr. 2.

nes doppelten Ursprungs der Staatsgewalt; der Bundesstaat ist gleichzeitig Staat und Bund, er setzt sich einerseits aus dem (Bundes-)Staatsvolk, andererseits aus den Gliedstaaten zusammen[1]. Der Bundestag ist dabei Ausdruck der Komponente "Staatsvolk", der Bundesrat Ausdruck der Komponente "Gliedstaaten", ohne daß letzterer deshalb als Organ der Länder anzusehen oder gar die Teile (Bundesländer) gegen das Ganze (Bundesstaat) ausgespielt werden sollen[2]. Vielmehr wirkt der Bundesrat als Bundesorgan an der Bildung des Gesamtstaats-(Bundesstaats-)willen mit. Er ist damit ein Wesensmerkmal des im Gesamtstaat verwirklichten bundesstaatlichen Prinzips[3]. Der Senat hingegen, als zweite Kammer eines Einheitsstaates (Bayern),kann nicht Ausdruck eines derartigen föderativen Aufbauprinzips des bay. Staates sein. Damit sind die Unterschiede kurz angesprochen, die es unmöglich machen, den Bundesrat als unmittelbaren "Musterfall" für den Bay. Senat anzusehen. Das verbietet aber nicht, spezifische Verfassungsstrukturen, die im Bundesrat ihre Verwirklichung gefunden haben, verallgemeinernd auch für die Beurteilung der Verfassungslage in den Ländern heranzuziehen. Das betrifft hier die im Bundesrat verwirklichte Verbindung von demokratischem und föderativem Prinzip, oder allgemein gesprochen, die "Mischung" verschiedener eventuell sogar widerstreitender Verfassungsprinzipien in einem Verfassungsorgan. Eine derartige Mischung ist kein Novum des Bonner Grundgesetzes, sondern knüpft an den schon aus der Antike stammenden Begriff der "gemischten Verfassung"[4] an. Damals sah man in der Kombination von Merkmalen der Monarchie, Aristokratie und Demokratie in einer Verfassung die Gewähr für

---

1) Kalkbrenner, S. 1.

2) Maunz-Zippelius, Staatsrecht, S. 360; vgl. auch Maunz in M/D/H/Sch, Art. 50, RdNr. 5/6.

3) Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 574.

4) Ders., aaO, S. 580ff; Hesse, Grundzüge, RdNr. 611, 498; Zippelius, S. 144ff; vgl. zu den Gedanken von Aristoteles: Tsatsos, S. 18ff; zu den Ideen von Polybios: Ries, Polybios zwischen Polis und Imperium.

eine besondere Stabilität der "gemischten" Staatsform. Dieses für die Antike typische Staatsformdenken ist heute überwunden. Geblieben ist der Gedanke der Mischung, der, nunmehr bezogen auf einzelne Verfassungsprinzipien innerhalb einer Verfassung, wieder Beachtung findet. Gemischte Verfassung wird dabei als die Konkretisierung einer Verfassung "nach unterschiedlichen Prinzipien in Richtung auf eine sinnvolle Einheit" bzw. als die Harmonisierung verschiedenartiger Bildungsgesetze[1] verstanden, also beim Bundesrat etwa im Sinne einer Harmonisierung des demokratischen mit dem föderativen Prinzip. Daß dies in diesem Fall notwendig ist, zeigen schon die Schwierigkeiten, den Bundesrat als Repräsentativorgan, also aus einem einzigen Prinzip heraus zu begreifen. So ist schon die Frage, was im Bundesrat repräsentiert wird, Länder, Ländervölker, Bund oder Bundesvolk, äußerst umstritten[2]. Ebenso strittig ist die Frage nach den Repräsentanten. Sind es die (bis auf die Tätigkeit im Vermittlungsausschuß Art. 77 Abs. 2 S. 3 GG) weisungsabhängigen Bundesratsmitglieder[3], mit der Folge, daß ihre Repräsentanteneigenschaft sicher unmöglich sein würde, oder die Landesregierungen, deren Wille durch Boten in den Bundesrat entsandt wird? Aus letzterem ergibt sich das Folgeproblem, ob die in diesem Fall entscheidenden Landesregierungen ihrerseits überhaupt repräsentative Funktionen wahrnehmen können[4]. Auf diese vielschichtige und im Grunde wenig beachtete aber vor allem spezifische Bundesratsproblematik kann hier nicht eingegangen werden[5]. Die Existenz dieser Schwierigkeiten deutet indes schon an, daß der Bundesrat aus dem demokratischen Prinzip allein nicht hinreichend zu erklären ist. Das belegt auch die schlagwortartige Charakterisierung der materiellen Inhalte der beteiligten

---

1) Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 581.

2) Pollmann, S. 102 f.

3) Vgl. Art. 51 Abs. 1 und 3; 53a Abs. 1 S. 3 und 77 Abs. 2 S. 3 GG e contrario, aus denen die Weisungsgebundenheit abgeleitet wird (Maunz in M/D/H/Sch, Art. 51, RdNr. 16). Zu beachten ist auch der mögliche "recall" (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG)

4) Pollmann, S. 104.

5) Vgl. dazu ausführlich ders., S. 102ff.

Prinzipien, die sich gegenseitig aufzuheben scheinen. So versucht das bundesstaatliche Prinzip die Existenz von Vielheit (Einzelstaaten) in der Einheit (Bundesstaat) zu rechtfertigen[1] und steht damit im Gegensatz zum Grundanliegen der Repräsentation, die sich aus der Vielheit entwickelnde Einheit darzustellen. Die Kombination beider Prinzipien muß die wechselseitige Begrenzung zur Folge haben, so daß mögliche Mängel des Demokratieprinzips sich beim Bundesrat aus dem Bundesstaatsprinzip, also aus der Mitwirkung der Länder an der Gesamtstaatswillensbildung, rechtfertigen können. Art. 20 Abs. 1 GG führt beide Prinzipien gleichberechtigt auf und verbietet nicht, daß sie nebeneinander wirken und sich gegenseitig beschränken können[2]. Es ist im Gegenteil notwendig, und das stellt kein auf den Bundesrat beschränktes Problem dar, daß die oftmals gegenläufigen Prinzipien einer Verfassung zur "gegenseitigen Abstimmung (Konkordanz) und gegenseitigem Ausgleich"[3] gebracht werden, um die "Einheitlichkeit des Verfassungsinhaltes"[4] zu gewährleisten. Daher kann keines der in Art. 20 Abs. 1 GG aufgeführten Verfassungsprinzipien allein aus sich heraus erklärt werden, sondern ist so zu interpretieren, "daß es einerseits soweit wie irgend möglich wirksam ist, daß aber andererseits auch die anderen Verfassungsprinzipien ... sich ebenfalls so weit wie irgend möglich praktisch entfalten können[5]. Dadurch entsteht ein System "praktischer Konkordanz" (Hesse[6]), das die Verfassung zu einer Einheit verfestigt. In einem Teilbereich, nämlich bezogen auf ein Verfassungsorgan, wird uns dies im Bundesrat vorgeführt. Die Übertragung dieser

---

1) Stern, Staatsrecht, Bd. 1 S. 581.

2) Vgl. auch v. Mangoldt-Klein, Art. 28 II 2a (S. 700).

3) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 im Gefüge des Grundgesetzes, RdNr. 36.

4) Ders., aaO, RdNr. 37.

5) Ebenda.

6) Grundzüge, RdNr. 72.

Gedanken auf den Bay. Senat erfordert indes, daß auch dort -i. S. v. Art. 28 Abs. 1 GG - gleichwertige Verfassungsprinzipien mit dem Demokratiegebot konkurrieren. Dafür kommt wegen der fehlenden bundesstaatlichen Struktur des Freistaates Bayern das föderative Prinzip nicht in Frage. Wegen der Betonung des Sachverstandes und der spezifischen Auswahl der Senatsverbände ist aber an das Sozialstaats-, wegen der Kontrollfunktionen an das Rechtsstaatsprinzip zu denken. Beide werden durch Art. 28 Abs. 1 GG den Ländern ebenfalls bindend vorgeschrieben.

Das Rechts- und Sozialstaatsprinzip im Bay. Senat

Beide Begriffe werden undefiniert[1] und damit unter bewußter Inkaufnahme ihrer Begriffsunschärfe und Ausfüllungsbedürftigkeit verwandt.
Will man die Inhalte, die dem Rechtsstaatsprinzip beigelegt werden, in Kategorien einordnen, so sind sowohl verfahrens- und organisationsrechtliche (wie Vorbehalt des Gesetzes, Garantie der gerichtlichen Kontrolle, Gewaltenteilung, Bindung von Justiz und Verwaltung an die Gesetze usw.) als auch materiellrechtliche Ausprägungen erkennbar[2]. Letztere versuchen nicht nur dem Staat den Mißbrauch seiner Macht zu erschweren, sondern ihn zu verbieten[3] und münden in die Forderung nach dem "gerechten Staat"[4]. Der Rechtsstaatsgedanke hat sich außerdem über alle Gegensätzlichkeiten[5] hinweg mit dem Sozialstaatsprinzip zur Idee des sozialen Rechtsstaates verbunden. Aus dem damit umrissenen Bündel von Begriffsinhalten fällt ein für unsere Untersuchung wichtiger Aspekt des Rechtsstaatsprinzips, nämlich die Gewaltenteilung mit ihrer gewaltenhemmenden Funktion auf, die mit dem Mittel

---

1) Hesse, RdNr. 183 (S. 72); Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Rechtsstaat), RdNr. 3ff; ders. in M/D/H/Sch, Art. 20 (Rechtsstaat), RdNr. 1ff.

2) Ders. in M/D/H/Sch, Art. 20 (Rechtsstaat), RdNr. 15ff.

3) Ders., aaO (Rechtsstaat), RdNr. 17.

4) Maunz, Staatsrecht, S. 76.

5) Forsthoff, VVdStRL Heft 12, S. 8ff; Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20, Sozialstaat, RdNr. 30.

der gegenseitigen Kontrolle unter den Gewalten staatlichen Machtmißbrauch verhindern soll. Die Integration des Bay. Senates in die Gewaltentrias neben dem Landtag (als Teil der Legislative) wurde oben (S. 99ff) bereits ausführlich behandelt. Dort wurde unter anderem festgestellt, daß mit dem Senat dieser Trias zwar keine neue Gewalt im Sinne eines völlig anders gearteten Funktionsträgers hinzugefügt wird, aber dennoch innerhalb dieses Systems spezifische, kontrollwirksame Akzente gesetzt werden. Hinzuweisen ist darauf, daß sich schon die Existenz von zwei Kammern die Kontrollchancen vermehrt. Selbst wenn die Kontrollrechte des Senats im einzelnen nicht so ausgeprägt sind, daß es zu einer vollständigen Verdoppelung der legislativen Kontrollkapazität kommt, so tritt doch eine Verstärkung der Kontrolldichte durch die zweifache Prüfung in zwei organisatorisch völlig getrennten Kammern ein. Am Beispiel des Polizeiaufgabengesetzes und des Bay. Rundfunkgesetzes konnte gezeigt werden, wie kritisch der Senat das Vorbringen der Regierung würdigt und gegebenenfalls zu Gutachtensempfehlungen verarbeitet, also auch tatsächlich Kontrolltätigkeit in nennenswertem Umfang ausgeübt wird. Außerdem sei daran erinnert, daß die Kontrolle des Senats in zwei Richtungen zielt. Neben der Kontrolle der (gesetzesinitiativen) Regierung ist der Senat, obwohl Teil der Legislative, mit Kontrollrechten auch gegenüber der Schwesterkammer ausgestattet (vgl. S. 103ff).

Sieht man außerdem die Wechselwirkung von Kontrolle und Verantwortung, d. h. das Wesen der Kontrolle darin, "Verantwortung für fremdes Handeln und selbständiges Entscheiden zu verlangen"[1], so wird von der Kontrollinstanz Abstand zur zu verantwortenden Handlung und ihren Handlungsträgern verlangt werden müssen[2]. Diese Voraussetzungen erfüllt der Senat in hohem Maße gegenüber beiden Kontrollobjekten, denn er ist nicht in das die parlamentarische Entscheidung innerlich tragende Geflecht von Regierungspartei im Landtag und

---

1) Graf Vitzthum, Parlament und Planung, S. 336.

2) Ebenda.

Regierung eingeordnet, sondern soll von seiner Konstruktion her gerade Abstand dazu halten, daher sein Aufbau aus Verbandsvertretern und nicht aus Parteiangehörigen. Er ist zudem mit den parlamentarischen Entscheidungen nicht direkt konfrontiert, sondern hält sich in praktisch allen Funktionen beratend im Hintergrund. Beratung beläßt die Verantwortung aber bei den Entscheidungsträgern. Der Mangel an wirklicher Entscheidungskapazität, so sehr er andernorts beklagt wird, wirkt sich im Kontrollbereich positiv dahingehend aus, daß der Senat in weitaus geringerem Maße als der Landtag (jedenfalls nicht, soweit seinen Vorschlägen nicht gefolgt wird) für die parlamentarischen Entscheidungen verantwortlich gemacht wird und so mehr Raum für Kontrolle gewinnt. Auf diese Weise erscheint nicht nur der Mangel an Entscheidungskapazität des Senats, sondern auch die gelegentlich mangelnde Aufnahme der Senatsvorschläge bei Landtag und Regierung wie etwa bei dem oben näher geschilderten Gesetzgebungsverfahren zum Bay. Rundfunkgesetz (S. 70ff, 78ff), erträglicher.

Das Prinzip der Klarheit in der Gesetzgebung[1] ist ein weiterer zentraler Punkt bei der Verwirklichung des Rechtstaatsprinzips. Es ist Teil der Meßbarkeit und Voraussehbarkeit, die zum Kennzeichen des modernen Rechtstaats geworden sind[2]. Diese Berechenbarkeit fügt dem staatlichen Leben die notwendigen Elemente sowohl der Stabilität, als auch der Kontinuität[3] hinzu. In engem Zusammenhang damit steht das Prinzip der Öffentlichkeit des Staatshandelns[4], denn unerläßlich für die geforderte Klarheit ist, daß sich vor allem die Gesetzgebung soweit wie möglich "vor den Augen" der Bürger abspielt, insbesondere Motive und Motivationen der Beteiligten in ihren wesentlichen Zügen transparent ge-

---

1) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Rechtsstaat), RdNr. 26, 63.

2) Ebenda.

3) Hesse, RdNr. 188 (S. 74).

4) Herzog in M/D/H/Sch, Art. 20 (Rechtsstaat), RdNr. 59.

macht werden. Klarheit und Öffentlichkeit des Gesetzgebungsvorgangs wird insbesondere gefördert durch die frühzeitige und umfassende Aufarbeitung der zu behandelnden Regelungsmaterie und ihr Herantragen an die Öffentlichkeit. Der Bay. Senat erfüllt diese Forderungen in spezifischer Weise. Die Erstattung der Gutachten bewirken regelmäßig[1] eine frühzeitige Erfassung der Gesetzgebungsmaterie. Es wird oft bereits in der Phase der Vorbereitung des Gesetzentwurfs durch die Staatsregierung eine Aufarbeitung des Konfliktstoffes im Senat und sein Heranbringen an die Öffentlichkeit gefördert. Damit kann die notwendige außerparlamentarische Diskussion schon entsprechend früher ansetzen, und die Akzeptierung der späteren Gesetze durch die Bürger intensiver vorbereitet werden. Leider werden diese positiven Wirkungen durch die Praxis der gleichzeitigen Zuleitung der Gesetzentwürfe an Landtag und Senat nachhaltig geschwächt. Doch schon die doppelte Beratung allein bringt Meinungsunterschiede innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens zu Tage, die der öffentlichen Diskussion zusätzlich Hinweise auf Probleme und Lösungsmöglichkeiten geben können. Transparenz heißt hier also auch deutliches Herausstellen der Konfliktsituationen und ihrer Lösungswege. Die obigen Beispiele haben gezeigt, wie intensiv die jeweilige Materie aufbereitet und durch den Senat auch deutlich Gegenpositionen zur Staatsregierung bezogen werden. Das belegen die auf Abänderung des Regierungsentwurfs zielenden Gutachtensbemerkungen (vgl. etwa S. 70, dazu FN 225). Auch Unterschiede zur Position des Landtags treten deutlich hervor. Das ließ sich an dem unterschiedlichen Echo ablesen, das die Senatsvorschläge beim Landtag gefunden haben (vgl. S. 69).

Diese Transparenz wird gefestigt durch den beim Senat (im Gegensatz zum Landtag) verwirklichten Kontinuitätsgedanken[2], der die Unabhängigkeit gegenüber wechselnden parlamentarischen

---

1) Das gilt jedenfalls für den in der Verfassung vorgesehenen Normalfall.

2) Vgl. Art. 37 BV; alle zwei Jahre scheidet nur ein Drittel der Senatoren aus und wird neu gewählt.

Mehrheiten und Wahlkampfrücksichten garantiert und ein Element der Stabilität[1] und Berechenbarkeit in die Gesetzgebung einfügt.

Auch die Forderung nach Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit als Ausdruck der Verknüpfung von (materieller) Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatsprinzip wird durch den Bay. Senat auf ganz spezifische Weise erfüllt. In der politischen Praxis ergeben sich bekanntlich oftmals erhebliche Schwierigkeiten bei der Frage, wie im konkreten Fall die soziale Gerechtigkeit gesetzgeberisch auszugestalten ist[2].
Die sich als sensibles Gleichgewicht vieler gesellschaftlicher Kräfte darstellende soziale Gerechtigkeit bedarf der besonders sorgfältigen Planung und besonnener Verrechtlichung unter Heranziehung diverser Standpunkte und sozialer Kräfte. Dazu ist, und das stellt eine weitere Ausprägung des Rechtstaatsprinzips[3] dar, gerade in diesem ideologisch gefährdeten Bereich besonders die Rationalisierung des Entscheidungsprozesses notwendig. Dies alles macht eine genau abwägende Beratung und Diskussion erforderlich, bei der der Bay. Senat eine wertvolle Ergänzung zu entsprechenden Bemühungen des Landtags sein kann. Er bringt gegenüber dem Landtag qualitativ neue Elemente in diesen Abwägungsvorgang ein.
Während im Landtag die soziale Zusammensetzung des Plenums zufällig[4] ist und sich je nach Wahl und Kandidatenaufstellung theoretisch beliebig zu ändern vermag, steht sie im Senat in groben aber klar gegliederten Umrissen von Verfassungs wegen fest. Das gilt zwar nicht für alle Gruppen (so lassen Religionsgemeinschaften oder Gemeinden auf Grund der in ihnen vollzogenen Vereinigung vieler sozialer Kräfte eine solche Festlegung nur schwer zu), jedoch für die weitaus

---

1) Vgl. Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 34, RdNr. 2; Bay. VerfGHE 8, 11ff (21).

2) In zunehmendem Maße zeigt sich sozialpolitischer Zündstoff heute in diversen Gesetzgebungsvorhaben. Insbesondere auf dem Gebiet der Haushaltsgesetzgebung und bei den Leistungsgesetzen kommen diese Probleme immer stärker zur Geltung. Besonders deutlich wird dies bei den jüngsten Sparbemühungen der öffentlichen Haushalte.

3) Hesse, RdNr. 190 (S. 74).

4) Krüger, Der Bundeswirtschaftsrat, S. 550.

meisten. So ist das soziale Umfeld in der Land- und Forstwirtschaft genauso in Umrissen festgelegt, wie im Handwerk, in der Industrie oder bei den Gewerkschaften. Mag auch die Gewichtung dieser sozialen Gruppen untereinander heute im einzelnen problematisch geworden sein[1], so ist doch unbestritten, daß im Senat alle wesentlichen sozialen Kräfte zu Wort kommen[2].

Das gleichgewichtige Ausloten aller Argumente wird dadurch erleichtert, daß die gesamte Arbeit des Senats nicht unter einem vergleichbaren Erfolgszwang steht, wie im Landtag. Der letztendliche Gesetzesbeschluß erfolgt nicht im Senat, es fehlt also der Zwang, sich auf eine außenwirksame, verantwortliche politische Entscheidung festlegen zu müssen. Alle Beschlüsse des Senats verbleiben primär im innerstaatlichen Bereich und werden dort, man denke nur an Gutachten oder Einwendungen, weiter bearbeitet. Diese Besonderheiten nehmen den Beratungen des Senats den Anreiz zu übermäßigen Profilierungsbestrebungen und verhindern eine politische Vorformung der Meinungen, wie sie mitunter im Landtag zu erleben sind[3]. Gerade ein sensibles Gleichgewicht, wie das der sozialen Gerechtigkeit, profitiert von dieser zurückhaltenden Sachlichkeit, die den Bay. Senat anerkanntermaßen auszeichnet, und auch im Rahmen der dargestellten Beispiele verifiziert werden konnte (vgl. etwa S. 68).

So sehr der Bay. Senat damit auch dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip zur Verwirklichung hilft und sich einen spezifischen Eigenwert im Verfassungsgefüge sichert, so fraglich ist es doch, ob der Umfang, in dem das demokratische

---

1) Vgl. die Popularklage gegen die zahlenmäßig starke Vertretung der Landwirtschaft im Senat, BayVerfGHE 32, 56ff.

2) BayVerfGHE 32, 56ff (69).

3) Trotzdem darf nicht übersehen werden, daß im Landtag ein wesentlicher Beitrag zum Ausgleich sozialer Gegensätze geleistet wird. Der Bay. Senat tritt also ergänzend hinzu.

Prinzip im Senat zurückgedrängt wird, allein aus der Konkurrenz der genannten Verfassungsprinzipien erklärt werden kann. Es darf nicht vergessen werden, daß die Institution des Bay. Senats von einer gewissen Entbehrlichkeit begleitet wird, wenn man etwa die anderen Bundesländer betrachtet, von denen nicht ernsthaft behauptet werden kann, daß sie ohne zweite Kammer das Rechts- und Sozialstaatsprinzip nicht verwirklichten. Der Bay. Senat tritt also allenfalls als Ergänzung neben den Bay. Landtag. Darüberhinaus ist ein Spannungsverhältnis zwischen Demokratie auf der einen und sozialem Rechtsstaat auf der anderen Seite zwar unverkennbar. So akzentuiert die Demokratie stärker das bewegende und gestaltende Element[1], betrifft die Legitimation staatlichen Handelns, während der soziale Rechtsstaat das beharrende und bewahrende Moment[2] verkörpert und dazu inhaltlich Zielvorgaben für das staatliche Handeln macht. Insgesamt betrachtet aber ergänzen sich diese Prinzipien mehr[3], als daß sie sich begrenzen und jedenfalls erscheint es zur Schaffung einer "praktischen Konkordanz" zwischen ihnen kaum gerechtfertigt,das eine Prinzip dem anderen vollständig zu opfern. So behält auch der Bundesrat wenigstens noch seine mittelbare demokratische Legitimation. Die tiefen Einschnitte in diese Legitimation beim Bay. Senat lassen sich jedenfalls kaum allein aus dem Nebeneinander der beschriebenen Verfassungsprinzipien herleiten.

Fraglich ist vielmehr, ob Art. 28 Abs. 1 GG dem Landesverfassungsgesetzgeber nicht hinsichtlich der Errichtung zweiter Kammern Gestaltungsspielräume eröffnet hat, die es erlauben, das Problem der demokratischen Legitimation zu relativieren, bzw. das Nebeneinander von Landtag und Senat erklärend mit einzubeziehen.

---

1) Hesse, Grundzüge, RdNr. 272.

2) Ebenda.

3) Ebenda.

bb) Der Bay. Senat neben dem Landtag

Die herrschende Meinung[1] nimmt heute an, daß Art. 28 GG den Ländern zumindest ein vom Volk gewähltes Vertretungsorgan vorschreibt, das den Voraussetzungen des Demokratieprinzips entsprechen muß. Diesen Anforderungen genügt der Bay. Landtag, ohne daß dies hier im einzelnen dargelegt werden müßte, mit Sicherheit.
Die Errichtung einer zweiten Kammer ist damit nicht ausgeschlossen[2], der Landesverfassungsgeber sogar in mancher Beziehung bei ihrer Bildung freier; so soll etwa auf unmittelbare Volkswahlen verzichtet werden können[3] und auch ständische oder gruppenpolitische Konstruktionsmerkmale zulässig sein[4]. Die Art und Weise der Zusammensetzung spielt danach keine wesentliche Rolle[5], sie ist den Ländern überlassen.
Art. 28 GG garantiert jedoch nicht nur die bloße Existenz des vom Volk direkt gewählten Parlaments, sondern auch seine

---

1) Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 26 (allerdings mit Bezug auf das schon abgelehnte Bundesratsargument); Stern in Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 43ff; v. Münch, Art. 28, RdNr. 15; Maunz, Staatsrecht 23. A., S. 239 (vgl. auch zur Neuauflage Maunz-Zippelius, S. 109); v. Mangoldt-Klein, Bd. 1 S. 701.

2) So Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 36; Stern in Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 44 (mit Beschränkung auf Repräsentationsorgane unter die, entgegen der hier vertretenen Auffassung und ohne Begründung, auch der Bay. Senat eingereiht wird); v. Münch, Art. 28, RdNr. 15.

3) v. Münch, Art. 28, RdNr. 15; Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 36.

4) Vgl. FN 3, so auch mit Bezug auf den Bay. Senat: Maunz, Staatsrecht, 23. A., S. 239/240.

5) Stern in Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 44, vgl. im übrigen Anmerkungen bei FN 2.

Gewichtung gegenüber der zweiten Kammer[1]. Es wäre demnach sicher nicht mit Art. 28 GG vereinbar, wenn die nicht durch Volkswahlen zustandegekommene zweite Kammer eine derart starke Stellung erhielte, daß die gewählte Volksvertretung in eine bloße Statistenrolle gedrängt würde[2]. Wie weit jedoch der Einfluß einer zweiten Kammer gehen darf, ist umstritten. Nach v. Münch[3] widerspricht es dem Demokratiepostulat des Art. 28 Abs. 1 GG schon, wenn diese zweite nicht durch Volkswahlen legitimierte Kammer über mehr als beratende Mitwirkungsrechte verfügt. Wie schwierig es auch sein mag, zwischen den Polen "keine Statistenrolle des gewählten Parlaments" und "nicht mehr als Beratungsrechte für die zweite Kammer" eine feste, verfassungsgemäße Größe für den Einfluß der zweiten Kammer zu finden, jedenfalls muß die volksgewählte Vertretung ihre zentrale Stellung im Verfassungsgefüge behalten; es muß ihr der wesentlichste Anteil an den Legislativfunktionen erhalten bleiben[4], kurz gesagt, sie muß die Oberhand behalten.
Bezieht man diese Gedanken auf den Bay. Senat, so ist weder rechtlich noch faktisch eine Gefährdung für die überragende Stellung des Bay. Landtags zu erkennen.

Das Begutachtungsrecht nach Art. 40 BV kann keine Einschränkung für die Stellung des Landtags bedeuten, da die Gutachten grundsätzlich der Staatsregierung gegenüber abzugeben sind. Die mittelbaren Auswirkungen auf den Landtag erreichen kein dessen Entscheidungsfreiheit verringerndes Gewicht. Das gilt auch für die ausnahmsweise zu Gesetzesinitiativen aus der Mitte des Landtags erstatteten Gutachten, denn eine rechtliche Bindung des Landtags tritt auch in diesem Fall nicht ein.

---

1) v. Münch, Art. 28, RdNr. 15; Stern in Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 45; Maunz in M/D/H/Sch, Art. 28, RdNr. 37 stellt demgegenüber zu stark auf den hier abgelehnten Vergleich mit dem Bundesrat ab.

2) Stern in Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 45.

3) v. Münch, Art. 28, RdNr. 15.

4) Stern in Bonner Kommentar, Art. 28, RdNr. 45.

Das Einwendungsrecht hat zwar rechtlich relevante Auswirkungen, stellt jedoch letztlich nur eine zeitliche Verzögerung und keine wirkliche Schranke für den Landtag dar. Dieser kann sich im einfachen Beschlußverfahren mit einfacher Mehrheit über die Einwendungen des Senats hinwegsetzen (Art. 41 Abs. 2 S. 3; 23 Abs. 1 BV).
Das Gesetzesinitiativrecht respektiert darüberhinaus geradezu die Stellung des Landtags als ausschließlicher formeller Gesetzgeber und beschneidet ihm keinerlei Rechte.
Die Anträge nach §22 der Geschäftsordnung des Senats tangieren den Landtag nicht, da sie sich nur an die Staatsregierung richten und die mittelbaren Auswirkungen auf den Landtag allein von der Reaktion der Staatsregierung abhängen.

Oberzeugende Konfliktrechte, mit denen sich der Senat bei Kontroversen gegenüber dem Landtag behaupten könnte, sind ihm danach nicht gegeben. Er hat eine ungleich schwächere Position als der Landtag, und kann letzteren vor allem rechtlich nicht an seine Entscheidungen binden.
Eine vergleichsweise schwache Position zeigt sich auch in der mit dem Landtag konkurrierenden Stellung des Senats gegenüber der Staatsregierung[1], der er insbesondere keine gleichstarke Kontrollkapazität entgegenzusetzen hat. Vor allem die fehlende Möglichkeit zur Gesetzessanktion verhindert es, daß die Bedeutung des Senats ein für den Landtag ungefährliches Maß übersteigt. Erinnert werden muß in diesem Zusammenhang an die gleichgelagerte Diskussion um einen Bundeswirtschafts- und Sozialrat[2], die sich in einem entscheidenden Punkt auch mit dem Verhältnis zum gewählten Parlament (Bundestag) beschäftigte. Hier finden sich schon früh Warnungen vor zu starken Kompetenzen des Wirtschafts- und Sozialrates[3] und die vorgeschlagenen Gesetzesentwürfe orien-

---

1) Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 34, RdNr. 2.

2) Vgl. eine Zusammenfassung der Vorschläge und Probleme in: Kommissionsdrucksache 128 der Enquête-Kommission Verfassungsreform vom 27. Januar 1975 S. 4ff. Allen Vorschlägen gemeinsam war der Versuch die Interessenverbände in einem Bundeswirtschafts- und Sozialrat zu institutionalisieren. Die bedeutenden Vorschläge (Dichgans, DGB) beließen es bei beratenden Funktionen (vgl. Kommissionsdrucksache 128, S. 4ff) eines derartigen Organs.

3) Forsthoff, Bundeswirtschaftsrat, S. 716.

tierten sich später bewußt an der Suprematie des Parlaments[1]. Die Verfassungswidrigkeit von Entscheidungs- oder Mitentscheidungsbefugnissen eines Wirtschafts- und Sozialrates im Bereich der Gesetzgebung war danach nahezu unbestritten[2] und weitgehend wurden nur beratende Funktionen akzeptiert[3]. Umstritten blieben Gesetzesinitiativ- und Enquêterecht[4]. Insgesamt jedoch sah man eine Lösung der verfassungsrechtlichen Probleme in der Unterscheidung von vorbereitendem Rat und verantwortlicher Entscheidung[5]. Beratende Funktionen ohne verantwortliche (Mit-)Entscheidung wurden weitgehend nicht als Bedrohung der Suprematie des Bundestages verstanden[6]. Beratung beläßt, wie oben (S. 151) bereits bemerkt, die Verantwortung bei den Entscheidungsorganen.

Auch der Senat nimmt hauptsächlich beratende Funktionen wahr. Zu erinnern ist an die in dieser Arbeit gemachten Feststellungen (vgl. S. 89ff), wonach die Senatspraxis sich in allen Tätigkeitsbereichen deutlich an der Begutachtung orientiert und geradezu von einer Durchdringung der Gesamttätigkeit mit "konsultativem Geist" gesprochen werden kann. Es wurde das Bemühen des Senats erkennbar, nicht als verfahrensmäßiger Störfaktor aufzutreten, sondern Regierung und Landtag in allen Bereichen zuzuarbeiten, ihnen also fachlich fundierte Entscheidungshilfen zu geben, ohne aus dieser Sachverständigenstellung heraus größeren Machtzuwachs zu fordern. In Extremsituationen, so etwa beim Rundfunkgesetz 1972 neigen daher sowohl Staatsregierung als auch Landtag dazu, den Senat abzuschütteln, und sie sind hierzu auf Grund ihrer verfassungsrechtlichen Position auch jederzeit in der

---

1) Stern, Wirtschaftsrat, S. 107; vgl. dort auch Fußnote 20 mit Hinweis auf DGB- und Dichgansentwurf mit weiteren Nachweisen.

2) Ebenda.

3) Ebenda.

4) Forsthoff, Bundeswirtschaftsrat, S. 716; Stern, Wirtschaftsrat, S. 109.

5) Stern, Wirtschaftsrat, S. 108f.

6) Ebenda.

Lage. Das ist eine entscheidende Machtstellung. Zu beachten bleibt darüberhinaus eine Relativierung der senatoralen Begutachtungsfunktion,die sich daraus ergibt, daß der Senat kein Sachverständigen- bzw. Beratungsmonopol besitzt, sondern sowohl der Landtag, aber vor allem auch die Staatsregierung eigene Fachleute zu Rate ziehen können. Daneben ist es auch den diversen Interessenverbänden nicht untersagt, neben dem Senat ihren Einfluß direkt auf den Landtag geltend zu machen, was auch geschieht[1]. Es existieren demnach außerhalb des Senats genug Quellen für sachgerechte Beratung, die von den zur Entscheidung berufenen Organen genutzt werden können.
Das Verhältnis der beiden bayerischen Legislativorgane zueinander ist damit vom Obergewicht des Landtags gekennzeichnet[2].
Nach dem oben erörterten (S. 156f) sich aus Art. 28 Abs. 1 GG ergebenden Prämissen kann damit an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Bay. Senates kein Zweifel bestehen. Wir finden den Gedanken der "gemischten Verfassung" damit nicht, wie zuerst unter Anlehnung an den Bundesrat angenommenen, isoliert im Bay. Senat, sondern im Zusammenspiel von Senat und Landtag verwirklicht. Dem demokratischen Prinzip, verkörpert durch den Landtag, wird ein stärker auf das Moment der Sachgerechtigkeit und fachlichen Beratung hin konzipiertes Staatsorgan, der Bay. Senat, dergestalt zugeordnet, daß das Gesamtergebnis Art. 28 Abs. 1 GG entspricht und besonders dem demokratischen Prinzip, auf die gesamte bayerische Legilative bezogen, ausreichend Rechnung getragen wird.

---

1) Zacher, Gutachten, S. 11.
2) Ders., Struktur und Stellung, S. 10f.

Ausblick

Neben der Feststellung, daß der Bay. Senat sich in das grundgesetzliche Verfassungssystem einpaßt und trotz seiner Eigenarten toleriert und integriert wird, darf die Bedeutung der vorhergehenden Untersuchungsergebnisse nicht verblassen. Als besonders markant ragt hier die fehlende demokratische Legitimation und gleichzeitig die nicht erreichbare Repräsentationsfunktion des Senates heraus. Während die vorliegende Arbeit sich hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit der bisher herrschenden Meinung anschließt, stellt die gleichzeitige Akzeptation des demokratischen Defizits ein Novum in der Interpretation des Senates dar. Bisher hatte man sich an einem "weiteren und elastischeren demokratischen Rahmen" orientiert[1]. In der Konsequenz der vorliegenden Bearbeitung lag es, das demokratische Defizit nicht hinter begrifflicher Unschärfe zu verstecken, sondern zu versuchen, mit dem Faktum eines derartigen Defizits umzugehen und es in die Charakterisierung des Senates einzubeziehen. Der folgende Ausblick soll dazu dienen, in konsequenter Fortsetzung der hier entwickelten Ansätze einen wichtigen Baustein in diese Charakterisierung einzufügen, der den durch den Senat erreichbaren Umfang der Einbindung der Verbände in den staatlichen Bereich zeigt. Es handelt sich dabei nicht um die Beschreibung eines Ist-Zustandes, sondern um den Versuch, bisher vernachlässigte Dimensionen der Senatstätigkeit im Hinblick auf die Institutionalisierung verbandlicher Tätigkeit sichtbar werden zu lassen. Gibt man die repräsentative Funktion des Bay. Senates als unhaltbare Fiktion auf, so sind Auswirkungen auf das Erscheinungsbild und das rechtliche Verständnis des Senates unvermeidlich. Nicht alle

---

1) Vgl. Zacher, Gutachten, S. 104; ders., Struktur und Stellung, S. 11 spricht von "schwacher demokratischer Legitimation"; vgl. dazu auch Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 34, RdNr. 6 a. E.; eine dem volksgewählten Parlament gleichwertige Stellung sieht ohne nähere Begründung Singer, S. 15 unten/16.

Verästelungen dieser Konsequenzen lassen sich an dieser Stelle in befriedigendem Ausmaß darstellen. Ein zentraler Punkt muß indes angesprochen werden. Das Erfordernis der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Senatoren und damit eng verbunden das Verbot, Verbandsinteressen offen im Senat zu vertreten[1] (vgl. S. 141),entbehren nunmehr einer verfassungsnormativen Grundlage, weil weder ein unabhängiger Repräsentant noch die Repräsentation des ganzen bayerischen Volkes vom Senat gefordert werden kann. Damit ist der Weg offen, den Senatoren die unverdeckte Wahrnehmung ihrer Verbandsinteressen im Senat zu ermöglichen, die Verbände also nicht länger mit dem Stigma der Unrepräsentierbarkeit versehen aus der Senatstätigkeit fernzuhalten.

Eine derart restriktive Interpretation des Verbandseinflusses im Senat, die die Verbände praktisch zu reinen "Wahlhelfern" degradiert , ist der bay. Verfassung nicht zu entnehmen. Keine Verfassungsvorschrift schreibt die Trennung der Senatoren von ihrem jeweiligen Verband oder ihrer Verbandsgruppe in bezug auf die Arbeit im Senat vor.

Art. 38 Abs. 2 BV bezieht zwar die Senatoren in diverse Privilegien der Landtagsabgeordneten mit ein, unterläßt aber gerade den hier entscheidenden Verweis auf Art. 13 Abs. 2 BV, der die Unabhängigkeit der Abgeordneten, ähnlich wie Art. 38 Abs. 1 GG, garantiert. Die ersatzweise Heranziehung des Art. 23 SenG ist nicht aussagekräftig, denn einfaches Gesetzesrecht, um das es sich dort handelt, kann die Verfassung nicht authentisch interpretieren. Eine derart wichtige Bestimmung läßt sich nicht im Sinne von Art. 42 BV als "sonst noch erforderlich" auf den einfachen Gesetzgeber verlagern.

---

1) Vgl. Schweiger in N/L/Sch/Z, Art. 36, RdNr. 2; Zacher, Struktur und Stellung, S. 11; eine ähnliche Tendenz auch: Staatsvereinfachung in Bayern, Gutachten der Arbeitsgemeinschaft für Staatsvereinfachung, 1. Teil, München 1955, S. 25/26.

Art. 34, 35 BV weisen vielmehr in die andere Richtung wenn von "Vertretung" bzw. von den Senatoren als "Vertretern" gesprochen wird, was, dem ursprünglichen Wortsinn entsprechend, auf Vertretung im Sinne von Interessenwahrnehmung in gewollter und notwendiger Verbindung zu den Vertretenen, also in concreto den Interessenverbänden, hinweist. Die gegenteilige Auffassung, die sich an dem Parallelwortlaut des Art. 13 Abs. 2 BV bzw. Art. 38 Abs. 1 GG orientiert, geht von der repräsentativen Funktion der dort angesprochenen Parlamente (Bay. Landtag bzw. Deutschem Bundestag) aus. Sie vermag daher beim Bay. Senat nicht zu greifen. Art. 34, 35 BV weisen so gesehen eher in Richtung einer extensiven Interpretation des verbandlichen Einflusses im Senat. Dies bestätigt die Verringerung von Widersprüchlichkeiten, die sich aus der damit eliminierten Doppelstellung der Senatoren - hier Interessenvertreter, dort Repräsentant - ergeben. Ohne "inneren Bruch" kann die Haupteigenschaft des Verbandsfunktionärs, die Interessenvertretung, in den Senat eingebracht werden. An der "Schwelle des Senates" muß das bisherige verbandliche Engagement nicht aufgegeben, bzw. verdeckt, sondern kann weiter eingesetzt werden[1]. Eine reine Verdoppelung des parlamentarischen Verfahrens lediglich mit Unterschieden bei der Berufung der Parlamentarier, so - verkürzt gesagt - die bisherige Ansicht, charakterisieren den Senat nicht primär, sondern zu einem wesentlichen Teil

---

1) Nicht unproblematisch ist die bei einigen Senatoren auftretende Divergenz zwischen Heimatverband und Kreationsorgan, etwa bei Wahlversammlungen. Das verbietet indes nicht, daß diese Senatoren auch ihre eigenen Verbandsinteressen wahrnehmen, denn die in den Wahlversammlungen zusammengefaßten Interessen (z. B. freie Berufe) überschneiden sich in vielen Bereichen, so daß ein Vertreter aus ihrem Kreis vielfach exemplarisch die strukturell gleichartigen Anliegen der anderen mit geltend machen kann. Wo dies nicht möglich ist, bleibt es allen beteiligten Verbänden unbenommen, sich an ihre Senatoren mit spezifischen Problemen zu wenden und um deren Geltendmachung zu bitten. Die Verbandsbasis dieser Senatoren ist damit breiter, was hinsichtlich der im Senat offenzulegenden Verbandsvielfalt nur von Vorteil sein kann.

muß dem materielle Einfluß der Verbände, d. h. der inhaltlichen Einbindung in das Senatsverfahren, Bedeutung zukommen. Denn die Frage, was die Verbände zu bestimmten Problemen und Gesetzesvorhaben zu sagen haben, also die Transparenz der verbandlichen Interessenlage in concreto, die Verhinderung einer potestas indirecta ist die "selbstverständliche Forderung" bei der staatlichen Einbindung von Interessenverbänden[1] und dieser Erwartungshorizont sollte nicht ohne Not unterschritten werden. Die bisherige (repräsentative) Auffassung vom Senat bleibt hier unnötigerweise im Vorfeld wirklicher Verbandsbeteiligung, nämlich bei den Kreationsfunktionen, stehen. Das ist umso unverständlicher als das vorhandene senatoriale Organisationssystem ein sinnvolles und ausgeglichenes Konzept für die materielle Verbandsbeteiligung anbietet. In einem System der "checks and balances" stehen sich dabei die verbandliche Interessenwahrnehmung auf der einen, öffentliche Kontrolle durch Transparenz, die senatoriale Persönlichkeit und die Einschränkungen, die sich für den Machtzuwachs des Senates aus Art. 28 Abs. 1 GG ergeben, auf der anderen Seite machthemmend und -balancierend gegenüber. Ein System, das dazu dienen kann, ungehemmten Verbandseinfluß im Sinne einer Verbandspression zu verhindern und gleichzeitig den legitimen gesellschaftlichen Interessen Geltung verschafft.
Das unverdeckte Einbringen verbandlicher Interessen fördert - dies bedarf hier keiner näheren Darlegung - die Transparenz ihrer Wirkungsweise im staatlichen Bereich, zumal, wenn man sich die weitgehende Öffentlichkeit der Senatsarbeit bis in die Ausschüsse hinein vor Augen führt. Sie unterziehen sich damit öffentlicher Kontrolle und öffentlicher Kritik. So geht der Schutzmantel verloren, den das apokryphe Tätigsein darstellt. In diesem Klima gedeihen keine Entartungen verbandlicher Interessenwahrnehmung, sondern es wird als Apell, wenn nicht sogar als Zwang zur Zurückhaltung wirken. Darin liegt indes gleichzeitig die Ge-

---

1) Schröder, Gesetzgebung und Verbände, S. 32; Böckenförde, S. 475.

fahr, daß deshalb auf wirkliche Interessenvertretung im Senat verzichtet und versteckte Kanäle der Einflußnahme bevorzugt werden. Wenn letzteres auch niemals sicher auszuschließen sein wird, so muß doch die von der Verfassung geforderte (Art. 36 Abs. 3 BV) senatoriale Persönlichkeit an dieser Stelle als "verbandliche Persönlichkeit" korrigierend eingreifen. Sie vermag sicherzustellen ("Rechtlichkeit"), daß die Anliegen der Verbände im Senat auch wirklich offen vorgetragen werden. Gleichzeitig bildet der Senator eine personale Barriere (Art. 36 Abs. 3 BV: "Erfahrung", "Rechtlichkeit") gegen die einseitige Überbetonung der Verbandsinteressen und ergänzt so die öffentliche Kontrolle[1]. Diese moderierende Wirkung kann sich darüberhinaus auf den gegenseitigen Interessenausgleich im Hinblick auf das notwendige konkrete Beratungsergebnis (Gutachtensbeschluß, Einwendung), auswirken. Die Orientierung am Gemeinwohl (Art. 3 S. 2 BV) stellt hier für die Tätigkeit in einem Staatsorgan den geeigneten Apell dar[2],

---

1) Der senatorialen Persönlichkeit kommt damit auch die Aufgabe zu, auf ihren eigenen Verband zurückzuwirken, also mit ihm in engem Kontakt zu bleiben. Der Senator ist deswegen kein Befehlsempfänger sein, sondern eine Persönlichkeit mit eigener Autorität innerhalb seines Verbandes. Erst die verbandliche Persönlichkeit kann auch zur senatorialen Persönlichkeit werden. Beides bedingt und ergänzt sich. Das rechtfertigt die außergewöhnlichen Anforderungen, die von der Verfassung an die Person des Senators gestellt werden, ebenso, wie die Auswahl nur bestimmter, bedeutender Verbände (Art. 13 SenG), die derartige Persönlichkeit hervorzubringen in der Lage sind (senatsfähige Verbände, Zacher, Gutachten, S. 106).

2) Da es sich nach hier vertretender Meinung bei dem senatorialen Beratungsergebnis der Qualität nach um einen Kompromiß von Sonderinteressen handelt, ist das Gemeinwohl im Sinne eines volonté général nicht erreichbar (vgl. Leibholz, VVdStRL 24, S. 22: der Kompromiß der partikulären Interessen braucht noch nicht das Gemeinwohl zu ergeben; vgl. auch hier S. 168f), es liegt vielmehr unterhalb dieser Ebene. Erst der Landtag entscheidet verbindlich über die Gemeinwohlverträglichkeit. Dies ist aber nichts besonderes, denn hier wird nur einmal mehr der Charakter des Senates als beratendes Hilfsorgan deutlich. Er "dient" zwar dem Gemeinwohl (Art. 3 S. 2 BV) durch seine vorbereitende und begutachtende Tätigkeit, kann es aber noch nicht selbst voll verwirklichen. Hierzu bedarf es des gesamten Gesetzgebungsverfahrens und dazu ist insbesondere der Landtag berufen.

um zu einem interessenharmonisierenden Resultat zu finden. Daß aber auch für Meinungsverschiedenheiten vorgesorgt ist, zeigt das Mehrheitsprinzip bei Abstimmungen (§55 Abs. 1 GeschO des Senats). Das mögliche Konfliktpotential durch zukünftiges offenes Austragen der Interessengegensätze ist dadurch bereits berücksichtigt und mit einer parlamentarischen Lösung vorbereitet worden.
Dieses Netz fein abgestimmter Aufbereitung der Verbandsmacht zum Zwecke der staatlichen Nutzbarmachung wird umrahmt durch die Forderung des Art. 28 Abs. 1 GG, der den Bay. Senat, was seinen Machtanspruch betrifft, in die zweite Reihe, hinter den Landtag, verweist (vgl.S.157f). Übermäßiger verbandlicher Ehrgeiz in bezug auf den Bay. Senat wird durch die Drohung der Verfassungswidrigkeit mit ausreichender Entschiedenheit gebremst.

Insgesamt steht ein verfassungsrechtliches System vor uns, das das institutionalisierte Wirken der Verbandsinteressen im Senat grundsätzlich möglich macht, es aber in ein Netz hemmender Einflüsse einbindet und auf diese Weise für den Einsatz im staatlichen Bereich aufbereitet. Das Konzept des Senates verbindet in spezifischer Weise die Staattätigkeit mit der gesellschaftlichen Interessenvielfalt. Es akzeptiert die nicht-demokratische, gesellschaftliche Struktur der Verbände[1)], und integriert sie ohne grundsätzliche Wesensveränderung in ein eigenes Staatsorgan[2)]. Daher muß

---

1) Die innerverbandliche Demokratie (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV) muß hier deswegen unberücksichtigt bleiben, weil sie der gesellschaftlichen, nicht aber der staatlichen Sphäre vorbehalten ist. Es handelt sich um eine gruppeninterne funktions- und interessenbezogene Legitimation. Auf die allgemein-politische Ebene kann sie nicht übertragen werden ohne als "Scheinlegitimation" (Böckenförde, S. 477f) zu wirken.

2) Das fordert auch Böckenförde, S. 479, als Vorbedingung für eine verfassungsrechtliche Einbindung der Verbände.

dieses Organ notwendigerweise nicht-demokratische Strukturelemente übernehmen, denn nur dann läßt sich überhaupt von einer Einbindung der Verbände und nicht bereits von einer wesensverändernden Assimilation sprechen. Diese Überlegungen werden durch die Untersuchungen zur Grundkonzeption des Bay. Senates bestätigt. Der entstehende nicht-demokratische Fremdkörper wird für den staatlichen Wirkungsbereich durch ein organisatorisches, personelles und rechtliches Hemmungssystem aufbereitet und dadurch zugänglich gemacht, also synchronisiert. Dem Senat kommt damit ganz wesentlich die Aufgabe der Synchronisation zwischen Verbandsinteressen und staatlichem Bereich zu. Erst diese Seite der Senatstätigkeit vermag seinen Beitrag zur Institutionalisierung und Legitimierung des verbandlichen Einflusses ins richtige Licht zu setzen. Die Verbände sind nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf geistige Wirkungen[1)] beschränkt, sondern können im Senat aktuell wirken. Damit wird ihnen eine befriedigende und nicht diskriminierende Stellung im staatlichen Bereich verschafft. Die Vorzüge verbandlichen Fachwissens werden mit den Erfordernissen staatlichen Handelns abgestimmt.

Diese neue Dimension des Bay.Senates hat seine Bewährungsprobe in der Praxis noch vor sich. Erst danach wird sich wirklich beurteilen lassen, ob die Institution des Bay. Senates die Verbände sinnvoll in den Staat integriert oder nicht.

---

1) Küchenhoff, S. 80

ANHANG

Verfassung des Freistaates Bayern

- Auszug -

Art.34

Der Senat ist die Vertretung der sozialen,wirtschaftlichen,kulturellen und gemeindlichen Körperschaften des Landes.

Art.35

Der Senat besteht aus 60 Mitgliedern.Er setzt sich wie folgt zusammen:

1. aus 11 Vertretern der Land- und Forstwirtschaft;
2. aus 5 Vertretern der Industrie und des Handels;
3. aus 5 Vertretern des Handwerks;
4. aus 11 Vertretern der Gewerkschaften;
5. aus 4 Vertretern der freien Berufe;
6. aus 5 Vertretern der Genossenschaften
7. aus 5 Vertretern der Religionsgemeinschaften;
8. aus 5 Vertretern der Wohltätigkeitsorganisationen;
9. aus 3 Vertretern der Hochschulen und Akademien;
10. aus 6 Vertretern der Gemeinden und Gemeindeverbände.

Art.36

(1) Die Senatoren werden von den zuständigen Körperschaften des öffentlichen oder privaten Rechts nach demokratischen Grundsätzen gewählt;die Vertreter der Religionsgemeinschaften werden von diesen bestimmt.
(2) Zum Senator kann nur ein wahlfähiger Staatsbürger berufen werden, der das 40.Lebensjahr vollendet hat.
(3) Er soll sich durch Rechtlichkeit,Sachkenntnis und Erfahrung auszeichnen.

Art.37

(1) Die Senatoren bleiben sechs Jahre im Amt. Alle zwei Jahre scheidet ein Drittel der gewählten Senatoren aus und findet eine neue Wahl statt.
(2) Wiederberufung ist zulässig.

Art.38

(1) Die Senatoren können nicht zugleich Mitglieder des Landtags sein.
(2) Für die Mitglieder des Senats gelten sinngemäß die Vorschriften der Art.27 mit 31.

Art.39

Der Senat kann Anträge und Gesetzesvorlagen unmittelbar oder durch die Staatsregierung an den Landtag bringen. Die Staatsregierung hat die Anträge und Vorlagen des Senats ungesäumt dem Landtag vorzulegen.

Art.40

Der Senat ist dazu berufen, zu den Gesetzesvorlagen der Staatsregierung auf deren Ersuchen gutachtlich Stellung zu nehmen.Die Staatsregierung soll diese Stellungnahme bei allen wichtigen Angelegenheiten einholen; sie muß es tun bei dem Gesetz über den Staatshaushalt, bei verfassungsändernden Gesetzen und bei solchen Gesetzen, die dem Volk

zur Entscheidung vorgelegt werden sollen.

Art.41

(1) Die vom Landtag beschlossenen Gesetze sind dem Senat noch vor der Veröffentlichung zur Kenntnis vorzulegen.
(2) Der Senat kann gegen ein vom Landtag beschlossenes Gesetz innerhalb eines Monats begründete Einwendungen erheben und sie dem Landtag zuleiten. Hat der Landtag ein Gesetz für dringlich erklärt, so beschränkt sich diese Frist auf eine Woche.Der Landtag beschließt darüber, ob er den Einwendungen Rechnung tragen will.

Art.42

Die sonst noch erforderlichen Bestimmungen, insbesondere auch über die Berufung der Senatoren, werden durch Gesetz getroffen. Dieses Gesetz hat bis zur ordnungsgemäßen Bildung der zuständigen Körperschaften zu bestimmen, daß an Stelle der Wahl durch die Körperschaften die Wahl durch den Landtag unter Berücksichtigung der Vorschläge der Körperschaft erfolgt.

Art.71

Die Gesetzesvorlagen werden vom Ministerpräsidenten namens der Staatsregierung, aus der Mitte des Landtags, vom Senat oder vom Volk (Volksbegehren) eingebracht.

Gesetz über den Senat (SenG) i.d.Fassung v. 9.2.1966 (Gesetz- und Verordnungsblatt S.99),zuletzt geändert durch Gesetz vom 28.10.1978 (Gesetz- und Verordnungsblatt S.451).

- Auszug -

Art.12

Die Wählbarkeit zum Senat und zu den in diesem Gesetz genannten Wahlkörpern setzt die Wählbarkeit zum Landtag voraus;die Voraussetzung des Art.36 Abs.2 der Bayerischen Verfassung bleibt unberührt.

Art.13

Werden nach dem Inkrafttreten des Gesetzes neue Organisationen gebildet,deren Tätigkeit sich auf ganz Bayern erstreckt und die von erheblicher Bedeutung sind, oder treten bei solchen bestehenden Organisationen die für die Beteiligung an den Wahlen zum Senat erforderlichen, bisher aber noch nicht gegebenen Voraussetzungen ein, so können diese Organisationen ihren Anspruch auf Vertretung im Senat bei Ergänzungs- und Neuwahlen gegenüber dem Staatsministerium des Inneren geltend machen. Dieses stellt fest, ob der geltend gemachte Anspruch zu Recht besteht. Gegen den Entscheid ist binnen einem Monat Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof zulässig, welcher in der in Art.68 Abs.2 der Bay.Verfassung bestimmten Zusammensetzung entscheidet.In dem Verfahren ist dem Landtag,dem Senat und der Staatsregierung Gelegenheit zu schriftlicher Äußerung zu geben. Im übrigen finden die Vorschriften über die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten sinngemäß Anwendung.

Art.14

(1) Das Wahlverfahren wird für jede Gruppe durch eine Wahlordnung geregelt,welche vom Staatsministerium des Inneren nach Anhörung der in Betracht kommenden Körperschaften und Verbände erlassen wird.

(2) Die Wahlordnung kann bestimmen,daß,wenn nicht mehr Vertreter vorgeschlagen werden,als Sitze zu vergeben sind, die Vorgeschlagenen als gewählt zu erklären sind (stille Wahl).

Art.22

(1) Auf die Verhandlungen des Senats und die Berichterstattung darüber findet Art.22 der Bayerischen Verfassung sinngemäß mit der Maßgabe Anwendung, daß der Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit von zwanzig Mitgliedern gestellt werden kann.

Art.23

Die Senatoren sind nur ihrem Gewissen verantwortlich und an Aufträge nicht gebunden.Sie sind verpflichtet, sich jeder mißbräuchlichen Verwertung der infolge ihrer Mitgliedschaft zu ihrer Kenntnis gelangten Tatsachen, Maßnahmen und Pläne zu enthalten. Zuwiderhandlungen werden nach Maßgabe der Geschäftsordnung geahndet. In schweren Fällen gelten sinngemäß die Bestimmungen des Art.61 Abs.3 und 4 der Bayerischen Verfassung.

Art.24

Der Senat beschließt mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Zur Beschlußfähigkeit ist die Anwesenheit der Mehrheit seiner Mitglieder erforderlich.

Art.25

Auf die Anwesenheit der Staatsregierung und ihre Mitwirkung bei den Verhandlungen findet Art.24 der Bayerischen Verfassung entsprechende Anwendung.

Art.26

Der Senat kann im Einvernehmen mit der Staatsregierung zur Prüfung der wirtschaftlichen,sozialen und kulturellen Verhältnisse des Landes oder einzelner Teile desselben besondere Ausschüsse einsetzen, die auch außerhalb seiner Tagungen amtieren können.Diese haben das Recht,alle erforderlichen Erhebungen zu pflegen,auch Zeugen und Sachverständige vorzuladen und zu vernehmen. Die Gerichts- und Verwaltungsbehörden sind verpflichtet, dem Ersuchen dieser Ausschüsse um Beweiserhebung Folge zu leisten. Die Akten der Behörden sind ihnen auf Verlangen vorzulegen. Entstehen durch die Tätigkeit dieser Ausschüsse Kosten, die im Senatshaushalt nicht vorgesehen sind, so ist eine Beschlußfassung des Landtags herbeizuführen.

Geschäftsordnung des Bayerischen Senats i.d. Fassung vom 31. 3.1977

- Auszug -

§22

(1) Gesetzesvorlagen, die aus der Mitte des Senats eingebracht werden (Art.39 BV), müssen von wenigstens drei Senatoren unterzeichnet sein.
(2) Das gleiche gilt von Anträgen aus der Mitte des Senats, welche Anregungen an die Staatsregierung zum Gegenstand haben.

L e b e n s l a u f

Ich, Max von Schenckendorff, wurde am 13.o5.1953 als erster Sohn des Majors a.D. und Geschäftsführers Max Hugo Albert von Schenckendorff und dessen Ehefrau Hedwig Helene, geb. Hinze, in Osnabrück/Niedersachsen als deutscher Staatsbürger geboren.

196o erfolgte die Einschulung in die dortige Rückert-Volksschule, die ich bis zum Übertritt in das Ernst-Moritz-Arndt-Gymnasium im Jahre 1964 besuchte. 1966 wechselte ich in das neu erbaute Graf-Stauffenberg-Gymnasium in Osnabrück über. Nach dem Umzug von Osnabrück nach Germering bei München besuchte ich ab 1969 bis zum Abitur am 22. Juni 1974 das Max-Planck-Gymnasium in München-Pasing.

Zum Wintersemester 1974/75 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität in München auf, das ich am o1. August 1979 nach neun Fachsemestern mit der Ersten juristischen Staatsprüfung beendete.

Den bayerischen Referendardienst schloß ich am 19.Mai 1982 mit der Zweiten juristischen Staatsprüfung ab. Schon seit September 198o war ich, nach einer Tätigkeit als Mitarbeiter in einer Münchner Anwaltskanzlei, als wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof.Dr.Wolfgang Graf Vitzthum an der Bundeswehrhochschule München angestellt. Diese Tätigkeit dauerte bis zum 31.12.1981. Vom o1.o7.1982 bis zum 31.12.1983 war ich wissenschaftlicher Angestellter an der Universität Tübingen, Lehrstuhl Prof.Dr.Wolfgang Graf Vitzthum. Seit dem o1.o1.1984 bin ich als Rechtsanwalt in Stuttgart tätig.